



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية - كلية القانون
قسم القانون الخاص

أثر الاختلاف المذهبي في عقد الزواج

رسالة تقدمت بها الطالبة

زهراء رضا كريم برهان الزبيدي

إلى مجلس كلية القانون جامعة القادسية كجزء من متطلبات
نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أ.م.د. هدى سعدون لفته

استاذ القانون المدني المساعد

2026م

1448هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا
وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ
يَتَفَكَّرُونَ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

الاهداء

إلى والديّ

إلى مَنْ كان دعاؤهم لا يخيب، و أحاطوني بالمحبة والرعاية وكانا سبباً في كل خطوة نجاح وصلت إليها فبفضلهما بعد الله تعلمت معنى الصبر والطموح، فلهما مني كل الحب والامتنان، وأسأل الله أن يحفظهما .

إلى أساتذتي الأفاضل....

الذين حملوا رسالة العلم بكل إخلاص ومنحوني من علمهم وخبرتهم الكثير فكان لهم الأثر الكبير في بناء شخصيتي العلمية والفكرية فجزاهم الله خير الجزاء .

إلى صديقاتي.....

اللواتي كنّ رفيقات الطريق وتقاسمن معي لحظات القلق والتعب قبل النجاح فكُنّ خير من يهون صعوبة الأيام بكلمة صادقة ودعم صادق حفظهن الله تعالى .

إلى المواقف والوعود التي لم تكتمل والطرق التي سرّت فيها وحدي والخيبات التي علمتني أن أعتمد على نفسي قبل الجميع.

إلى التي تعبت كثيراً ولم تتوقف والتي أخفت ضعفها خلف ابتسامة هادئة وواصلت الطريق رغم كل ما فقدته في منتصفه

لـ (زهراء).....

أهدي إليكم ثمرة سنواتٍ من التعب والدراسة،



الباحثة

الشكر وثناء

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، الحمد لله الذي وفق وأعان، وأنار الطريق بعد تعب، ومنحني الصبر والقوة لإتمام هذا العمل، فله سبحانه الحمد أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، إذ ما كان لهذا الجهد أن يكتمل لولا فضله وتوفيقه ورحمته.

وبعد اتمام هذه الرسالة ، أتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان إلى دكتورتي المشرفة أ.م.د. «هدى سعدون لفته» ، لما غمرتني به من اهتمام علمي وتوجيهات قيمة ومتابعة مستمرة طوال مدة إعداد هذه الدراسة، فضلاً عن دعمها وتشجيعها وملاحظاتها العلمية التي كان لها بالغ الأثر في إنجاز هذا العمل.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى عمادة كلية القانون في جامعة القادسية، ممثلة بالسيد عميد الكلية أ. د. «نظام جبار طالب»، لما يبذله من جهود مباركة في خدمة المسيرة العلمية، وأتقدم بخالص الامتنان والتقدير إلى السيد رئيس القسم القانون الخاص الدكتور «حسين عبيد شعوط»، لما أبداه من تعاون كريم واهتمام ومتابعة خلال مدة الدراسة، كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ «أسعد فاضل منديل»، لما قدّمه لي من دعمٍ علمي ومعلوماتٍ قيّمة، وما بذله من جهدٍ ومساندةٍ خلال مسيرتي العلمية ، و الدكتور «صفاء متعب فجة»، و الدكتور «حيدر حسين كاظم الشمري»، لما أبدوه من تعاون ومساندة وملاحظات قيمة أسهمت في تعزيز هذا العمل وإتمامه فأسأل الله تعالى أن يوفقهم ويبارك في عطائهم العلمي.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل جميعاً، الذين كان لهم الفضل الكبير فيما وصلت إليه من علم ومعرفة، بما قدموه من جهود علمية وتربوية صادقة، فكانوا خير مثال للعطاء والإخلاص، فجزاهم الله تعالى خير الجزاء.

ولا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة الموقرين، لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، وما سيقدمونه من ملاحظات علمية قيمة تسهم في تقويم هذا العمل وإغنائه، فأسأل الله تعالى أن يبارك جهودهم العلمية ويجزيهم خير الجزاء.

وختاماً، أسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به كل طالب علم، وأن يوفقنا جميعاً لما فيه الخير والسداد، والحمد لله رب العالمين.

المخلص

يعد الاختلاف المذهبي من المواضيع التي تثير مشاكل فقهية وقانونية في مجال الأحوال الشخصية، خصوصًا في عقد الزواج وما يترتب عليه من نتائج، لارتباطه المباشر بتنظيم الأسرة وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات بين الزوجين وقد أدى تعدد الآراء الفقهية واختلافها في تنظيم الأحكام المتعلقة بعقد الزواج وآثاره إلى تفاوت في المواقف التشريعية، مما أثر على تنظيم الأحوال الشخصية في العراق، خصوصًا بعد صدور مدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025 إلى جانب قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل، مما أثار عددًا من المشاكل القانونية المتعلقة بتحديد الأحكام الواجب تطبيقها عند اختلاف المذهب بين الزوجين، ومدى تأثير ذلك على استقرار الأسرة ووحدة التطبيق القضائي.

ويناقش هذا الموضوع الأحكام المنظمة لعقد الزواج من حيث مفهومه وأركانه وشروطه، والأسس الشرعية والقانونية التي يستند إليها الاختلاف المذهبي، وما يترتب عليه من تأثيرات في تنظيم العلاقة الزوجية، كما يتناول تأثير هذا الاختلاف في الحقوق المالية، خصوصًا المهر والنفقة وإرث الزوجة، بالإضافة إلى الحقوق غير المالية المتعلقة بالحضانة والطلاق والتفريق القضائي، مع توضيح اتجاهات الفقه الإسلامي وموقف التشريع العراقي والقضاء من هذه المسائل، وتحليل أوجه الاتفاق والاختلاف بين الأحكام الفقهية والنصوص القانونية في ضوء التطورات التشريعية التي شهدتها العراق. ونظرًا لما يثيره الاختلاف المذهبي من آثار عملية في تطبيق أحكام الأحوال الشخصية، فقد تناولت هذه الرسالة الأمور من منظور قانوني تحليلي للكشف عن مدى تأثيرها على المراكز القانونية للزوجين، وبيان أثرها في تحقيق الاستقرار الأسري، مع التركيز على أوجه القصور أو التباين التي قد تثيرها النصوص القانونية عند التطبيق، وصولًا إلى حلول قانونية تسهم في تحقيق الأمن القانوني، وتعزيز وحدة التطبيق القضائي، وضمان التوازن بين مراعاة الخصوصية المذهبية وحماية الحقوق الناشئة عن العلاقة الزوجية واستقرار الأسرة.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	1-6
الفصل الأول ماهية عقد الزواج وفق الاختلاف المذهبي	7-60
المبحث الاول: مفهوم عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	8-34
المطلب الاول: التعريف بعقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	8-21
الفرع الاول : تعريف عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	8-13
فرع الثاني : تمييز الاختلاف المذهبي عن الاختلاف الديني	14-21
المطلب الثاني : اركان عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	21-34
الفرع الاول : الايجاب و القبول في عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	22-29
الفرع الثاني : الأشهاد في عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	29-34
المبحث الثاني : ذاتية الاختلاف المذهبي	35-60
المطلب الاول : أساس الاختلاف المذهبي	35-46
الفرع الاول: الأساس الشرعي للاختلاف المذهبي	36-40
الفرع الثاني : الاساس القانوني للاختلاف المذهبي	40-46
المطلب الثاني : القواعد المنظمة لانعقاد عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	47-60
الفرع الاول :الشروط العامة المتعلقة بعقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي	47-54
الفرع الثاني: الولاية في عقد الزواج و اثر الاختلاف المذهبي فيها	54-60
الفصل الثاني اثر الاختلاف المذهبي على اثار الزواج	61-128
المبحث الاول : اثر الاختلاف المذهبي على الاثار المالية للزواج	61-95
المطلب الاول : اثر الاختلاف المذهبي في مسائل المهر والنفقة	62-83
الفرع الاول : اثر الاختلاف المذهبي في مسائل المهر	62-75

83 - 75	الفرع الثاني : اثر الاختلاف المذهبي في مسائل النفقة
95-83	المطلب الثاني : اثر الاختلاف المذهبي في تحديد ارث الزوجة
91 - 83	الفرع الاول: مدى تأثير الاختلاف المذهبي في تحديد ارث الزوجة
95 - 91	الفرع الثاني : موقف القضاء العراقي من التوارث وفقاً للاختلاف المذهبي
128-95	المبحث الثاني : اثر الاختلاف المذهبي على الاثار غير المالية للزواج
111-95	المطلب الاول : الطلاق بين الزوجين وفقاً للاختلاف المذهبي
102 - 96	الفرع الاول : شروط الطلاق وفقاً للاختلاف المذهبي
111 - 102	الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق وفقاً للاختلاف المذهبي
128-111	المطلب الثاني : الحضانة وفقاً للاختلاف المذهبي
121-112	الفرع الاول: القواعد العامة للحضانة وفقاً للاختلاف المذهبي لعقد الزواج
128-121	الفرع الثاني : مدى تاثير مذهب الام او الاب في تقرير مصلحة المحضون
134 - 129	الخاتمة
159-135	المصادر
A	Abstract

المقدمة

المقدمة

اولا : جوهر فكرة الرسالة

يعد عقد الزواج من أهم الأنظمة القانونية التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لما يترتب عليه من آثار ونتائج مهمة تؤثر على الفرد والأسرة والمجتمع فهو الإطار القانوني الذي تنشأ بموجبه العلاقة الزوجية وما ينجم عنها من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين مما جعل الشريعة الإسلامية تعطيه اهتماماً خاصاً من حيث أركانه وشروطه وأحكامه وآثاره كما شددت التشريعات الحديثة على تنظيمه بما يحقق الاستقرار الأسري ويحافظ على الحقوق ويقلل من النزاعات المحتملة بين الأطراف.

ادى تعدد المذاهب الإسلامية واختلاف اجتهاداتها الفقهية في العديد من المسائل المتعلقة بعقد الزواج أدى الى تباين في الأحكام المنظمة لهذه العلاقة سواء أكان من ناحية أركان العقد أم شروطه وقد ظهر هذا التباين في الواقع العملي والقضائي لاسيما في الحالات التي يكون فيها الزوجان من مذهبين مختلفين أو عندما يحدث نزاعاً يتطلب تحديد الأحكام التي يجب تطبيقها على وفق الانتماء المذهبي لأطراف العلاقة الزوجية وتزداد أهمية هذه المشكلة في المجتمعات المتنوعة مذهبياً مثل المجتمع العراقي الذي يحتوي على طوائف و مذاهب اسلامية عدة تختلف فيما بينها حول بعض مسائل الأحوال الشخصية.

ومنذ إصدار قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لعام 1959 المعدل سعى المشرع العراقي إلى وضع إطار قانوني موحد ينظم شؤون الأسرة والعلاقات الزوجية وما يترتب عليها من آثار بهدف تحقيق الاستقرار التشريعي وتوحيد الأحكام المطبقة على الاشخاص لكن التطورات التشريعية الحديثة خاصة صدور مدونة الأحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية على وفق أحكام المذهب الجعفري رقم (1) لسنة 2025 أعادت التركيز على مسألة الاختلاف المذهبي ومدى تأثيره في تنظيم العلاقات الأسرية مما أثار العديد من الأسئلة القانونية حول نطاق تطبيق كل من القانون والمدونة وتأثير ذلك على الأحكام المتعلقة بعقد الزواج.

ولا تقتصر آثار الاختلاف المذهبي على الجوانب المالية المتعلقة بعقد الزواج وإنما يمتد أيضاً إلى الجوانب غير المالية التي تؤثر على الأسرة بشكل مباشر مثل الحضانة والطلاق والتفريق القضائي وقد يكون لاختلاف المذهب تأثير في تحديد الأحكام القائم بالعمل بها عند الفصل في

النزاعات مما ينعكس على الحقوق الأسرية للأطراف ومصلحة الأطفال عندما تنشأ النزاعات العائلية مما يتطلب دراسة هذه الآثار وتحليلها في ضوء التشريعات الحالية والاتجاهات القضائية الحديثة.

ومن ناحية أخرى، فإن التغييرات التي حدثت في تنظيم الأحوال الشخصية في العراق تحتاج إلى إعادة دراسة طبيعة العلاقة بين القوانين العامة والقوانين الخاصة بالمذهب لتحقيق التوازن بين احترام التنوع المذهبي من جهة والحفاظ على وحدة النظام القانوني من جهة أخرى لذلك أصبح موضوع الاختلاف المذهبي في الزواج من المواضيع القانونية المهمة التي تحتاج إلى الدراسة والبحث لما يثيره من مشكلات فقهية وقانونية وقضائية متعددة.

ثانياً : أهمية الدراسة :

تتمثل أهمية هذه الدراسة في تناولها لموضوع الاختلاف المذهبي في عقد الزواج بوصفه من المواضيع التي تثير إشكالات فقهية وقانونية عدة في مجال الأحوال الشخصية وذلك نتيجة لتعدد الآراء والاجتهادات الفقهية المتعلقة بأحكام الزواج وآثاره وقد زادت أهمية هذا الموضوع في الوقت الحالي بسبب الحاجة إلى تحديد الموقف القانوني من المسائل التي تترتب عليها اختلاف الأحكام تبعاً لاختلاف المذهب وما ينعكس عن ذلك من آثار على الأسرة واستقرارها فلا بد من الإلمام بالآراء الفقهية وما ينتج عنها من تحول إلى نصوص قانونية تلزم الخاضع لها بعدم تجاوزها وبالتالي فإن هذه الدراسة لها دور حيوي يضيف محله على الأهمية .

كما تتبع أهمية الدراسة من أن عقد الزواج يمثل الأساس الذي تقوم عليه الأسرة وهي النواة الأولى للمجتمع لذلك فإن أي تباين في الأحكام التي تنظم هذا العقد ينعكس مباشرة على الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين لاسيما في الحالات التي يختلف فيها انتمائهم المذهبي والذي قد يؤدي إلى تباين في فهم بعض المسائل المرتبطة بعقد الزواج الأمر الذي يجعل دراسة هذه المسألة ضرورة علمية وعملية لفهم أبعادها المختلفة ومعرفة آثارها القانونية.

كما تكتسب هذه الدراسة أهميتها من ارتباطها بالتطورات التشريعية الحديثة التي شهدتها العراق في مجال الأحوال الشخصية، ولاسيما بعد صدور مدونة الأحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية على وفق أحكام المذهب الجعفري رقم (1) لسنة 2025 إذ أدى هذا التطور إلى إثارة العديد من التساؤلات المتعلقة بمدى تأثير الاختلاف المذهبي في تنظيم الأحكام الخاصة بعقد الزواج وطبيعة العلاقة بين الأحكام الموجودة في المدونة والنصوص المقررة في قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل الأمر الذي يستوجب دراسة هذه المسائل بطريقة علمية متخصصة.

وتتضح أهمية الدراسة أيضاً في كونها تتناول الأساس الشرعي والقانوني للاختلاف المذهبي وتبحث في حدود تأثيره في الأحكام المنظمة للعلاقة الزوجية فمعرفة أسباب الاختلاف ومبرراته تساعد على فهم طبيعة الأحكام الفقهية المختلفة وتوضح مدى انعكاسها على التطبيقات القانونية والقضائية المتعلقة بعقد الزواج.

ومن الجوانب التي تعزز أهمية البحث تناوله للآثار المالية الناشئة عن الاختلاف المذهبي، ولاسيما ما يتعلق بالمهر والنفقة والإرث، بوصفهما من أهم الحقوق التي تترتب على قيام العلاقة الزوجية إذ إن اختلاف الأحكام الفقهية في هذه المسائل قد يؤدي إلى نتائج قانونية مختلفة مما يجعل دراستها أمراً ضرورياً لبيان مدى تأثير الانتماء المذهبي في تنظيمها وتحديد الأحكام التي تحكمها .

كما تمتد أهمية الدراسة من خلال الآثار غير المالية المترتبة على الاختلاف المذهبي في عقد الزواج، مثل الحضانة والطلاق والتفريق القضائي، لما لهذه المسائل من تأثير مباشر في استقرار الأسرة وحماية حقوق أفرادها وتزداد أهمية هذه الجوانب عندما يكون الاختلاف المذهبي سبباً في تعدد الآراء والحلول القانونية المطروحة لمعالجة النزاعات الأسرية الناشئة عنها.

يعود اختيار هذا الموضوع إلى أهميته القانونية والعملية المتزايدة في ظل التغييرات التشريعية في تنظيم قضايا الأحوال الشخصية في العراق وخاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام المذهب الجعفري على بعض الخلافات الأسرية فقد أوجد هذا التغيير واقعاً قانونياً جديداً أثار العديد من الأسئلة حول تأثيره في العلاقات الزوجية بين الأزواج المختلفين مذهبياً وما يمكن أن ينجم عنه من آثار تمس الحقوق والالتزامات المرتبطة بعقد الزواج .

كما أن اختيار هذا الموضوع جاء نتيجة للدعوى القانونية التي يثيرها اختلاف المذهب بين الزوجين حول تحديد الأحكام الواجب تطبيقها على العلاقة الزوجية خاصة عند رغبة أحد الزوجين في اتباع أحكام القانون الجعفري فهذه الحالة لا تقتصر آثارها على الشخص الذي اختار تطبيق تلك الأحكام وإنما قد تمتد لتشمل الزوج الآخر وما يرتبط به من حقوق مالية وشخصية وأسرية مما يجعلها من المواضيع الهامة للدراسة .

ويعود اختيار هذا الموضوع أيضاً إلى حداثة العديد من المسائل العملية التي نتجت عن التعديلات التشريعية الأخيرة فضلاً عن قلة الدراسات القانونية التي تناولت بشكل مستقل الآثار الناتجة عن تطبيق أحد الزوجين المختلفين مذهبياً لأحكام القانون الجعفري، مما يستدعي إجراء دراسة قانونية متخصصة تساهم في توضيح الأحكام الخاصة بهذه المسألة .

ثالثاً: إشكالية الدراسة

تُعد مسألة اختلاف المذاهب بين الزوجين من المسائل التي تثير العديد من الإشكالات القانونية والشرعية، ولا سيما بعد التعديلات التشريعية التي أتاحت تطبيق أحكام المذهب الجعفري في بعض مسائل الأحوال الشخصية وتبرز هذه الإشكالات بصورة أوضح عندما يقوم أحد الزوجين المختلفين مذهبياً بطلب الخضوع لأحكام القانون الجعفري لما يترتب على ذلك من آثار تمس المركز القانوني للزوج الآخر والحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة الزوجية.

وتزداد الضرورة لهذه المسألة بسبب ارتباطها المباشر بحقوق الأسرة واستقرارها إذ قد يؤدي انتقال أحد الزوجين إلى تطبيق أحكام المذهب الجعفري إلى اختلاف الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق والنفقة والحضانة والإرث وغيرها من المسائل الأسرية الأمر الذي يثير التساؤل بشأن مدى تأثير هذا التحول على الطرف الآخر الذي قد يبقى متمسكاً بمذهبه الأصلي ومدى إلزامه بالأحكام الجديدة المترتبة على هذا التحول.

كما أن تعدد المرجعيات الدينية واختلاف الأحكام بين المذاهب الإسلامية قد يؤدي إلى ظهور إشكالات عملية وقانونية عند تحديد القانون الواجب التطبيق خصوصاً في الحالات التي تتعارض فيها مصالح الزوجين أو تختلف مراكزهما القانونية نتيجة هذا التحول المذهبي ويزداد الأمر تعقيداً في ظل حداثة بعض النصوص المنظمة لهذه المسألة وقلة التطبيقات القضائية المستقرة بشأنها.

ومن هنا تتمثل إشكالية الدراسة في توضيح مدى تأثير تحويل أحد الزوجين المختلفين مذهبياً إلى تطبيق أحكام القانون الجعفري على الزوج الآخر والكشف عن الآثار القانونية والشرعية المترتبة على ذلك ومدى كفاية التنظيم التشريعي العراقي في معالجة هذه الآثار وتحقيق التوازن بين حقوق أطراف العلاقة الأسرية في حالة تقدم رجل من المذهب السني للزواج من امرأة من المذهب الجعفري ، كيف يتم الزواج ؟ و هل يؤثر الاختلاف المذهبي على عقد الزواج ؟

رابعاً: فرضية الدراسة

تتطلب هذه الدراسة من فرضية مفادها إن تحويل أحد الزوجين المختلفين مذهبياً إلى تطبيق أحكام المذهب الشيعي الجعفري يؤدي إلى آثار قانونية وشرعية قد تؤثر على الزوج الآخر مما يثير مشكلات حول تحديد الأحكام الواجب تطبيقها ومدى تأثير هذا التحول على الحقوق والالتزامات الناتجة عن العلاقة الزوجية والعائلية.

وتتمثل الفرضية الرئيسية للدراسة في السؤال الآتي: ما هي الآثار القانونية الناتجة عن تحويل أحد الزوجين المختلفين مذهبياً إلى تطبيق أحكام القانون الجعفري، ومدى تأثير ذلك على الوضع القانوني للزوج الآخر؟

أما الفرضيات الفرعية فتكون كالآتي :

1. هل يؤثر تحويل أحد الزوجين إلى تطبيق أحكام القانون الجعفري في الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد الزواج بالنسبة للزوج الآخر؟
2. إلى أي مدى يؤثر تطبيق أحكام القانون الجعفري في قضايا النفقة والحضانة والولاية على الأطفال عند اختلاف المذهب بين الزوجين؟
3. هل يمتد أثر هذا التحول إلى الحقوق المالية والإرث بين الزوجين؟ وما الأساس القانوني الذي يعتمد عليه في ذلك؟
4. ما موقف القضاء العراقي من المنازعات الناتجة عن اختلاف المذهب بين الزوجين عند تطبيق أحكام القانون الجعفري؟ وهل توجد اتجاهات قضائية مستقرة لمعالجة هذه الحالات؟
5. هل قدم المشرع العراقي تنظيمًا قانونيًا كافيًا لمعالجة الآثار الناتجة عن تحويل أحد الزوجين إلى تطبيق أحكام المدونة الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري، أم أن هناك فراغًا تشريعيًا يستدعي التدخل لمعالجة المشكلات العملية التي قد تترأ نتيجة لذلك؟

خامساً: منهجية الدراسة

اعتمدت هذه الدراسة المنهج التحليلي على وفق أحكام القانون العراقي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية، وبيان مدى كفايتها في معالجة الإشكالات القانونية الناشئة عن الاختلاف المذهبي بين الزوجين، ولا سيما في الحالات التي يترتب فيها على تحول أحد الزوجين تطبيق أحكام مدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025، وما قد ينشأ عن ذلك من آثار قانونية بالنسبة إلى الزوج الآخر. كما استندت الدراسة إلى تحليل الآراء الفقهية ذات الصلة، والاستعانة بالقرارات القضائية؛ للوقوف على اتجاه القضاء العراقي في معالجة هذه المسائل، وبيان مدى انسجام تطبيقاته مع النصوص القانونية النافذة.

ولم تقتصر الدراسة على عرض النصوص القانونية والآراء الفقهية، وإنما اتجهت إلى تحليلها للكشف عن أبعادها القانونية والعملية وبيان أوجه الغموض التي قد تبرز عند تطبيقها على الوقائع

التي يختلف فيها المركز القانوني للزوجين نتيجة اختلاف المذهب وصولاً إلى تحديد المعالجات القانونية المناسبة في ضوء التشريع والفقه والقضاء.

سادساً: خطة الدراسة

سنطرح موضوع الدراسة بطريقة واضحة ومنظمة مما يساعد في فهم جوانبه القانونية والفقهية المختلفة وبما أن موضوع الدراسة يتعلق بتوضيح الآثار الناتجة عن تحويل أحد الزوجين المختلفين مذهبياً إلى تطبيق أحكام المدونة الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فإن طبيعة البحث تستدعي تقسيمه على فصلين، حيث نتناول في الفصل الأول ماهية عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي ونقسمه الى بحثين، سنتناول في المبحث الأول مفهوم عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي، و سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول التعريف بعقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي وفي المطلب الثاني ملحقات عقد الزواج على وفق الاختلاف المذهبي .

أما المبحث الثاني فسنخصصه للبحث في ذاتية الاختلاف المذهبي، وذلك بتقسيمه على مطلبين، سنخصص الأول الى أساس الاختلاف المذهبي، اما الثاني فنكرسه الى بيان اركان عقد الزواج وفق الاختلاف المذهبي.

و نبحث في الفصل الثاني الآثار التي تترتب على الاختلاف المذهبي في عقد الزواج وذلك في بحثين، نتناول في الأول الآثار المالية التي تترتب على الاختلاف المذهبي لعقد الزواج والذي نقسمه على مطلبين، نخصص المطلب الأول للبحث عن اثر الاختلاف المذهبي في مسائل المهر والنفقة ونكرس الثاني لبيان اثر الاختلاف المذهبي في تحديد ارث الزوجة .

و سنتناول في المبحث الثاني الآثار غير المالية المترتبة عن الاختلاف المذهبي لعقد الزواج عبر تقسيمه على مطلبين، نخصص الأول منه للبحث عن الطلاق بين الزوجين وفقاً للاختلاف المذهبي، اما الثاني سنكرسه لبيان الحضانة وفقاً للاختلاف المذهبي .

الفصل الأول

ماهية عقد الزواج وفقاً

للاختلاف المذهبي

الفصل الاول

ماهية عقد الزواج وفق الاختلاف المذهبي

يعد عقد الزواج من العقود التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية بشكل خاص بسبب ما يترتب عليها من آثار دينية واجتماعية واخلاقية فالزواج ليس مجرد ارتباط شكلي بين الرجل والمرأة وانما هو نظام يبنى على أساس المودة والرحمة وقد اعطى الاسلام قدسية خاصة له فجعله من الآيات التي تدل على عظمة الخالق حيث قال تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) وقد تبين ان الغرض منه يتجاوز الاشباع الغريزي ليشمل بناء أسرة صالحة وان الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) قد اكد على اهمية الزواج عندما جعله من السنن الثابتة .

وقد اختلفت المذاهب الإسلامية في تحديد مفهوم وشروط وarkan عقد الزواج فيما بينها, الامر الذي انعكس على القانون المتعلق بالأحوال الشخصية ,ففي الوقت الذي كان قانون رقم 188 لسنة 1959 يحكم جميع العراقيين على حد سواء, نجد ان الامر اختلف بعد تشريع المدونة الجعفرية رقم 1 لسنة 2025 وذلك لأنه أصبح بالإمكان التحويل من قانون رقم 188 لسنة 1959 الى المدونة الجعفرية رقم 1 لسنة 2025 بناءا على طلب احد الزوجين بالنسبة للعقود القديمة أما العقود الحديثة التي نشأت بعد تشريع المدونة فالأمر يختلف ولغرض بيان ماهية عقد الزواج وما يتعلق به من اختلاف من حيث الشروط والاركان فسوف يتم تقسيم ماهية عقد الزواج على مبحثين نتعرض في المبحث الاول الى بيان مفهوم عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي في مطلبين عبر التطرق الى التعريف بعقد الزواج في المطلب الاول وفي المطلب الثاني سنتناول بيان اركان عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي . اما في المبحث الثاني فسيتم التعرض فيه الى ذاتية الاختلاف المذهبي في مطلبين نخصص المطلب الاول منه الى اساس الاختلاف المذهبي والثاني منه الى بيان القواعد المنظمة لعقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي .

المبحث الاول

مفهوم عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي

تتطلب صياغة اي فكرة تحديد معناها ومصدرها ويعد عقد الزواج من المواضيع الرئيسية التي تناولتها مبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الاحوال الشخصية ولكن هنالك اختلافات بينهما في بعض الجوانب لذا من الضروري تحديد معناها الاصطلاحي بالإضافة الى دراسة اراء الفقهاء المسلمين من المصادر المعتبرة لدى المذاهب الإسلامية المختلفة وكذلك تحليل النصوص القانونية في قانون الاحوال الشخصية العراقي وكذلك مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري للوصول الى نتائج دقيقة يمكن ان تكون اساساً لمفهوم عام للزواج ومن اجل رفع اي لبس مفاهيمي تبرز الضرورة لتمييز بين الاختلاف المذهبي والاختلاف الديني وكذلك بتحديد اركانه هذا ما سيتم التعرض له في مطلبين نتناول في المطلب الاول التعريف بعقد الزواج وفق الاختلاف المذهبي وفي المطلب الثاني سنتناول اركان عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي .

المطلب الاول

التعريف بعقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي

لغرض بيان تعريف عقد الزواج فإنه سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الفرع الاول تعريف عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي بينما سنتطرق في الفرع الثاني الى بيان التمييز بين الاختلاف المذهبي والاختلاف الديني .

الفرع الاول

تعريف عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي

بعد الرجوع الى عدد من المصادر للفقهاء و القانونية في مختلف المذاهب الإسلامية، لتعريف عقد الزواج تتضح ان كل المذاهب تتفق على المعنى ذاته مع الاختلاف في المفردات المستخدمة في صياغة التعاريف فيعرف بأنه ("عقد شرعي يستند الى ايجاب وقبول صحيحين ينتج عنه حل للاستمتاع متى كان العقد صحيحاً")⁽¹⁾ وهذا التعريف يؤكد بالضرورة الى ان عقد الزواج سوف يترتب

(1) علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج3، دار المؤرخ العربي، ط19، لبنان، 2013م، ص16. و محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الاسلامي، ج4، ط1، 2009م، ص9 و حذيفة بن حسين القحطاني، الفقه الاسلامي باب الزواج و الطلاق على المذاهب الخمسة، بلا سنة نشر، ص7.

عليه انشاء حقوق وواجبات لأنشاء رابطة أسرية متماسكة تشمل الرضا أي وصول حد في القناعة والاختيار والنية⁽¹⁾.

وكذلك يعرف (الزواج) بأنه ("عقد يرد على تملك متعة يتيح استمتاع كل من الزوجين ببعضهم البعض الاخر بطريقة مشروعة مما يترتب على ذلك آثار قانونية متبادلة")⁽²⁾ حيث يذكر ان تفسير كلمة ملك بمعنى اختصاص يعد افضل من تفسير بالحل اذ ان الاختصاص يقترب من مفهوم الملك اكثر لان الملك هو نوع من انواع الاختصاص عكس الحل الذي يكون شرطاً لازماً للملك متعلق بالمتعة ويؤخذ بعين الاعتبار ملكية كل شي تعتمد على نوعه فالزوج يملك المتعة من خلال عقد شرعي⁽³⁾. او هو ("عقد شرعي يجيز استمتاع الزوجين بهدف الدوام اي الانتفاع واللذة")⁽⁴⁾ اي يكون الزواج من امرأة غير محرمة عليه ويكون ذلك وفق صيغة معينة مما يمنع العلاقات غير المحرمة ويعتقد من الضروري لمن يرغب في ذلك خاصة في الرغبة في الانجاب وتجنب وقوع الفاحشة⁽⁵⁾ وفي المقابل عرفه البعض الاخر بأنه ("عقد يتيح الاستمتاع اي انه يجيز الوطء عن طريق لفظ النكاح او التزويج وما يشترك من هذه الكلمات")⁽⁶⁾ موضحين بأنه عقد يكون الملك فيه هو ملك الانتفاع بدلاً من ان يكون ملك منفعة⁽⁷⁾. او انه (عقد شرعي يتيح للزوجين استمتاع كل منهم بالآخر بهدف تكوين اسرة ويشترط فيه لفظ النكاح نكح فلانه اي تزوجها)⁽⁸⁾ ولا بد من الإشارة الى ان الشافعية والحنابلة لا يختلف مع الحنفية والمالكية حول مفهوم الزواج لكن الاختلاف ينشأ في الكلمات التي يتم

(1) لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية و الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم، الجزائر، 2018 م، ص 18.

(2) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الحديث، القاهرة، 2005 م، ص 332.

(3) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الثقافة و التراث للتحقيق، ج8، ط1، 2000م، ص9.

(4) محمد بن حمود الوائلي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، ج9، دار ابن حزام، ط1، 2019، ص5479 الهامش.

(5) الدردير، اقرب المسالك لمذهب الامام مالك، اروقه للنشر و التوزيع، بلا سنة نشر، ص 171.

(6) د. محمد زيدان زيدان، الكفاءة في عقد الزواج، مجلة الجامعة الاسلامية، عدد1، مجلد 17، 2009، ص364.

(7) شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، دار الكتب العلمية للطباعة و النشر، بيروت، 2003م، ص177.

(8) وحدة البحث العلمي في وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، التسهيل في فقه الاحوال الشخصية على مذهب الامام احمد بن حنبل، ج3، ط1، 2022، ص137.

استخدامها لاتمام عقد الزواج حيث قام الشافعية والحنابلة بأستعمال الفاظ تتعلق بانعقاد الزواج اي الفاظ النكاح والتزويج او مشتقاتها .

أما الفقه المعاصر فقد عرف بأنه (عقد يسمح بالمعاشرة بين الرجل والمرأة ويبين ما يخص كل منهم وما يترتب عليهم من حقوق وواجبات) .⁽¹⁾ وقد ذكر في كتاب تعليقات حول التعريفات التي قدمها الفقهاء القدامى حيث انه يوجد تعريفات اخرى تركز على الفكرة نفسها رغم اختلاف الكلمات حيث ان جميعها تؤكد على ان موضوع عقد الزواج هو الاستمتاع بطريقة مشروعة كما ان الغرض من هذا الزواج في نظر الناس والشرع هو جعل الاستمتاع مسموحاً ومع ذلك قد لا يعتبر هذا هو الغرض الاساسي من الزواج وهو ما اكده ايضا البعض الاخر من الفقهاء فقد عرف بأنه ("عقد يسمح لكل من الزوجين الاستمتاع بالآخر بطريقة مشروعة ويمنح كل منهم حقوقاً وواجبات تجاه الآخر")⁽²⁾ وكذلك عرف بأنه ("عقد ينشأ بين الرجل والمرأة ينظم الحقوق الشرعية بينهم التي تقوم على الالفة والمحبة والرحمة")⁽³⁾.

و يستدعي التوقف عند حدود هذه التعاريف لتوضيح المرجعية اللغوية المختارة اذ يميل فقهاء المذهب الجعفري الى استخدام كلمة (النكاح)⁽⁴⁾ في كتاباتهم الفقهية وايضا رسائلهم بدلا من (الزواج) (الزواج) وذلك لان الاولى تعد ادق من الناحية الاصطلاحية فمصطلح النكاح يشير الى (البضاع) ويعكس طبيعة العقد دون الحاجة لوطء وعلى النقيض من ذلك يعد مصطلح (الزواج) عاما فهو لا يتعلق بالبشر فقط وانما يشمل ايضا غيرهم من الكائنات وانه يشير بشكل عام الى اقتران الاشياء ببعضها لذلك كلمة (النكاح) عند الفقهاء تعبر عن الزواج بمعناه المحدد وان هذا التحديد اللغوي هو

(1) محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج واثاره، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر، ص44.

(2) عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية، تحقيق : د. علي عثمان جرادى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2017، ص 15.

(3) عبيد فاطمة زهرة، عقد الزواج في ظل الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 2017، ص13.

(4) النكاح في اللغة : الوطء و العقد له اي نكح و نكحت و هي ناكح و ناكحة اي ذات زوج . الفيروز ابادي، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة، ط8، 2005 م، ص 246.

السبب وراء اختيار معظم فقهاء الجعفرية مصطلح النكاح في مؤلفاتهم لانه يظهر بوضوح الطبيعة القانونية والشرعية للعقد.⁽¹⁾

في ضوء ما تقدم يثور تساؤل مهم وجوهري حول الطبيعة القانونية لعقد الزواج هل هو عقدا بالمعنى القانوني الدقيق ام لا ؟

يتضح من دراسة الفقه القانوني في هذه المسألة فإنها تكون في اتجاهين رئيسيين اذ ينظر اليه من جهة بأن عقد الزواج يكون ملزماً في حين هنالك من يرى انه من العقود لا يستوجب الالتزام و يذكر ان الفقهاء عند استخدامهم المعنى لكلمة العقد لا يختلف عن المعنى اللغوي وفي عباراتهم لكلمة العقد تستشف ان العقد يمثل ارتباط بين كلمتين يؤدي الى حكم شرعي يلزم احد الاطراف او كلاهما.⁽²⁾ وفي مقابل هذا التصور يذهب فريق اخر الى اعتبار عقد الزواج ليس سوى اتفاق اذ يرى انه لا ينبغي عد هذه الاتفاقات عقوداً وان وقعت ضمن دائرة القانون الخاص لانها تتجاوز مفهوم المعاملات المالية ومع ذلك فإن الاتجاه لا ينافي ما لعقد الزواج من خصائص مماثلة للعقود الاخرى وينتج عنه التزامات.⁽³⁾

وقد تنوعت التكييفات القانونية والفقهية لعقد الزواج فأعتبر ان عقد الزواج هو عقد مدني واستندوا في ذلك الى ان القانون الذي ينظم الاحوال الشخصية هو فرع من القوانين الوضعية اذ يشير الى ان الزواج والذي يعرف بالنكاح هو اتفاق لفظي مكتوب بين رجل وامرأة بالغين وفي اتجاه اخر وصف بانه عقدا دينيا لما يخضع لاحكام دينية وفي المقابل هنالك من يقول انه عقد مدني ذو طبيعة خاصة بينما يقوم اخرون بتصنيفه على انه ذو طابع شرعي بناء على النصوص الشرعية التي تحدد كيفية ابرامه.⁽⁴⁾

(1) د. مصدق عادل، قانون الاحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2025 من منظورين الدستوري و الشرعي، دار السنهوري، بغداد، 2025 م، ص 126.

(2) محمد ابو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، 1977م، ص 173 - ص 174.

(3) مخربش منصورية، اركان عقد الزواج و شروطه دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العلوم السياسية، الجزائر، 2022، ص 18.

(4) مخربش منصورية، المصدر اعلاه، ص 18 .

وبناءً على ذلك يمكن القول ان عقد الزواج اتفاقاً مبيناً على الرضا حيث يعد الرضا ركناً أساسياً فيه .⁽¹⁾ اي أن عقد الزواج هو عقد من نوع خاص وذلك لان هذا العقد هو الأساس في بناء الأسرة وهو الذي يحدد طبيعة العلاقة بين الزوج والزوجة ولذلك فإن القرآن الكريم احاطه بأعلى درجات الاهتمام ويتعبره رابطة مقدسة اي انه يجمع بين النظام والعقد لان الزوجين برضاها ابرما عقد الزواج اما اثاره فيحددها الشرع والقانون .⁽²⁾

وان الاختلاف بين المذاهب بصورة عامة يكون من خلال القضايا الأساسية اي في التباين في فهم الكليات الثابتة لدى الطرفين اي اختلافهم في تفسير الايات واسباب نزولها⁽³⁾ ما بالنسبة للقانون العراقي فقد عرف (الزواج) في الفقرة الاولى من المادة الثالثة⁽⁴⁾ من قانون الاحوال الشخصية على ("الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل") اما بالنسبة لمدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري حيث جاء في نص المادة (1) من المدونة⁽⁵⁾ في تعريفها (للزواج) بانه (" عقد بين الرجل والمرأة تتحقق به علاقة خاصة بينهم يحل بسببها كل منهم على الآخر")⁽⁶⁾ حيث تلافي هذا التعريف الاشكاليات الواردة في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل حيث ان الاخير جعل الهدف من الزواج وهو النسل، وهو ليس ضرورياً على نحو دائم حيث افترض ان حق النسل ثابت للزوج وانه عليها الانجاب اذا كان الزوج راغباً في ذلك ولا يجوز لها الامتناع .

(1) مخربش منصورية، المصدر اعلاه، ص18.

(2) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، دار المسلة، ط1، بغداد، 2026 م، ص38.

(3) علي المؤمن، من المذهبية الى الطائفية، مؤسسة الرسول الاعظم، دار الروافد، ط1، النجف الاشرف، 2007، ص26.

(4) المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(5) مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 .

(6) و في نفس السياق، و بالنظر الى القانون المدني الايراني الذي يستند الى الفقه الجعفري (الامامي) حيث جاء في المادة 1062 في تعريفه (للزواج)بانه(يتم عن طريق الاقتراح و القبول و بكلمات تعبر صراحة عن نية الزواج أي انه معتبرا عقد الزواج من العقود الرضائية التي تترتب عليها حقوق و الالتزامات) . المادة (1062) من القانون المدني للجمهورية الايرانية .

وعند تحليل التعريفين المتقدمين، يلاحظ أن الاختلاف بينهما لا يقتصر على اختلاف الصياغة التشريعية، وإنما يمتد إلى اختلاف في مضمون عقد الزواج وطبيعته والغاية منه، الأمر الذي يعكس اختلاف الأساس الفقهي الذي استند إليه كل منهما. ومن ثم فإن كلا التعريفين يثيران جملة من الملاحظات التي تستوجب الوقوف عندها فبالنسبة إلى التعريف الوارد في المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية يلاحظ أنه جعل إنجاب النسل الغاية الرئيسة لعقد الزواج، في حين أن هذه الغاية، على أهميتها، لا تعد شرطاً لقيام العلاقة الزوجية أو لصحة العقد؛ إذ قد ينعقد الزواج صحيحاً وتترتب عليه جميع آثاره القانونية رغم عدم قدرة أحد الزوجين أو كليهما على الإنجاب، سواء أكان لسبب صحي أم غيره، دون أن يؤثر ذلك في صحة العقد أو مشروعيته. وعليه، فإن حصر الغاية الرئيسة للزواج بالنسل لا ينسجم مع الطبيعة القانونية والشرعية لعقد الزواج، الذي يقوم على مجموعة من المقاصد المتكاملة، ولا يقتصر على تحقيق الإنجاب وحده.

كما يؤخذ على هذا التعريف أنه أغفل الإشارة إلى مقاصد الزواج التي أكدتها الشريعة الإسلامية، وفي مقدمتها تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، وهي مقاصد نص عليها القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾، الأمر الذي يدل على أن العلاقة الزوجية لا تقوم على الجانب الإنجابي فحسب، وإنما تهدف أيضاً إلى تحقيق الاستقرار النفسي والاجتماعي وبناء أسرة مستقرة. كذلك لم يتضمن التعريف بيان ما ينشئه عقد الزواج من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين، على الرغم من أن هذه الآثار تمثل جوهر الرابطة الزوجية والغاية العملية من تنظيمها قانوناً.

أما التعريف الوارد في مدونة الأحكام الشرعية وفق أحكام المذهب الشيعي الجعفري، فعلى الرغم من أنه جاء أكثر شمولاً من التعريف الوارد في قانون الأحوال الشخصية، فإنه غلب عليه الطابع الفقهي أكثر من الطابع التشريعي، إذ استند إلى المفهوم الفقهي لعقد الزواج دون مراعاة كافية للصياغة القانونية التي يفترض أن تتسم بالوضوح والدقة كما أنه لم يقصر عقد الزواج على الزواج الدائم، وإنما شمل أيضاً الزواج المؤقت، وهو ما ينسجم مع أحكام الفقه الجعفري لذا نقترح أن يُعرّف عقد الزواج في كل من القانونين بأنه عقد يُنشئ رابطة زوجية دائمة بين رجل وامرأة استوفى أركانه وشروطه القانونية، ويترتب عليه ما يقرره القانون من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين.

الفرع الثاني

تمييز الاختلاف المذهبي من الاختلاف الديني

تعد مسألة الاختلافات الدينية والمذهبية واحدة من أهم القضايا التي شغلت الفكر البشري عبر الزمن نظراً للدور الهام الذي يلعبه الدين والمذهب كعامل رئيسي في التقريب بين الثقافات.⁽¹⁾ وإن القرآن الكريم يحتوي على آيات توضح أهمية الاعتراف بالفرق والمجموعات والمعتقدات التي توجد في المجتمع كما أن الاختلاف بين الناس أمراً حتمياً بدلالة قوله تعالى (إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ)⁽²⁾ وهناك العديد من المبادئ في القرآن الكريم التي تؤكد بوضوح طبيعة الاختلاف بين الأديان حيث منح الله العقل والنقل وارسل الرسل لتوضيح الحقائق.⁽³⁾ وقد وقع الاختلاف الديني والمذهبي بين البشر عبر العصور ومع كل الأنبياء الذين ارسلهم الله فبعض الناس آمنوا بينما البعض الآخر رفض وهذا النوع من الرفض مرفوض وإن ذكر الاختلاف بين الأديان يكون لواقعية هذا الدين فهو يتعامل مع جميع الناس على أنهم بشر تختلف العديد من العوامل المختلفة.⁽⁴⁾ ويقصد بالاختلاف في الدين عند الفقهاء بأن هنالك اختلاف بين المؤمنين والغير مؤمنين كاليهود والمسيحيين وغيرهم.⁽⁵⁾ ويقصد به به وجود فرق واضح في الأديان مثل عندما يكون أحد الزوجين مسلماً والآخر غير مسلم.⁽⁶⁾ حيث نرى العديد من الفلاسفة أولت اهتماماً في بيان مضمون الدين لديهم ومنهم ابن رشد حول الدين فأنه رأى الدين كالشريعة التي تعتبر القانون الإلهي وإساس هذه الشريعة هو ما أرسله الله مع رسله وكان آدم عليه السلام أولهم.⁽⁷⁾

(1) د. أحمد الخاطب، مواقف الفقهاء من بعض قضايا الاختلاف الديني و المذهبي و الاجتماعي بالمغرب العربي، مجلة عصور جديدة، عدد 13، بلا مجلد، 2014، ص 67.

(2) سورة الحج : الآية 17.

(3) د. محمد عبد الله أحمد و د. مهدي قادر أحمد، الية الاختلاف الديني، مجلة كلية العلوم الإسلامية، عدد 72، بلا مجلد، جامعة السليمانية، 2022، ص 569.

(4) طه جابر العلواني، ادب الاختلاف في الاسلام، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، 1981م، ص 102.

(5) مقري خديجة، اثر اختلاف الدين حول مسائل الاحوال الشخصية بين الفقه الاسلامي و القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 2017، ص 13.

(6) د. بدران ابو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و الغير مسلمين، مؤسسة شباب الجامعة، 1984، 1984، ص 11.

(7) دي بور، تاريخ الفلسفة في الاسلام، ط2، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة و النشر، القاهرة، 1948م، ص 193.

بناء على ما تقدم يمكن وضع تعريفاً مانعاً جامعاً للاختلاف الديني مفاده انه اختلاف الاشخاص في اصل الديانة والانتماء العقائدي بحيث ينتمي كل طرف الى دين مستقل من حيث العقيدة والتشريع كاختلاف الاسلام عن المسيحية او اليهودية وغيرها من الديانات اما الاختلاف المذهبي فإنه يقع داخل الدين الواحد نتيجة تعدد الآراء الاجتهادية .

حيث ان الاختلاف الديني من وجهة نظر فقهية يعد اختلافاً في الاصول وليس في الفروع اي يكون الاختلاف في المسائل التي لا مساغ للاجتهد فيها وقد أشار الامام الشافعي رحمة الله الى ذلك بقوله : اذا كان هنالك حكم واضح من الله او سنة من رسوله او اجماع من المسلمين فلا يجوز لاحد ان يخالف ذلك ...⁽¹⁾ وعليه فان الاختلاف المفضي الى التنازع والشقاق يكون في مسائل العقيدة المتفق عليها عند اهل السنة والجماعة وفي الادلة القطعية⁽²⁾ نتيجة لذلك يختلف عن الاختلاف المذهبي الذي يحدث ضمن الدين الواحد ويقتصر على الاختلاف في الاستدلال في القضايا الفرعية اي اختلاف الفقهاء في القواعد اللغوية وضوابط الاستنباط والاختلاف قد يكون بسبب رواية السنن وبسبب المصادر التبعية⁽³⁾ . فقد قرر الله بحكمته ان الاختلافات في الفروع هذه الملة قابلة للنقاش وتفتح المجال للآراء المختلفة وهذه النقاشات تؤدي الى اختلافات في الفروع وليس في الاصول وكذلك في التفاصيل وليس في المفاهيم العامة وان هذا الاختلاف لا يشكل مشكلة⁽⁴⁾ .

ومن الناحية القانونية يفهم الاختلاف الديني على انه تنوع الاشخاص في الدين المعترف به قانوناً وان الاعلان العالمي لحقوق الانسان يدعم ذلك من خلال حق الافراد في حرية الفكر وحرية الضمير وحرية الدين حيث تنص المادتان 2 و18⁽⁵⁾ من الاعلان على ("انه يحق لكل شخص

(1) د. وليد بن علي بن محمد القليطي العمري، القواعد و الضوابط الاصولية في الخلاف، مجلة الدراسات العربية، بلا عدد، بلا مجلد، جامعة المنيا، كلية الحقوق في المدينة المنورة، بلا سنة نشر، ص 1466.

(2) انس محمد رضا القهوجي، الاختلاف عند الصحابة و اثره في الاسلام، مجلة كلية اللاهوت، جامعة اليكسیر، انقرة، عدد2، مجلد 3، 2017، ص372.

(3) د. اياد حميد ابراهيم النعيمي، الاختلاف المذهبي و دوره في التطرف الفكري، مجلة ابحاث ميسان، عدد39، مجلد مجلد 20، 2024م، ص 10 .

(4) د. يوسف القرضاوي، الصحوۃ الاسلامية بين الاختلاف المشروع و التفرق المذموم، دار الشروق، طبعة الاولى، القاهرة، 2001م، ص53.

(5) الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة المؤرخ في 10/ كانون الاول / 1948 . 1948.

التمتع بكافة الحقوق والحريات المقررة في هذا الاعلان دون اي تمييز بناء على عرق او دين او اللغة او المعتقدات السياسية وان لكل شخص حرية التفكير والضمير والدين مما يؤدي الى اختلاف في القوانين المعمول بها خصوصا في مجال الاحوال الشخصية تعتبر الديانة مكونا مهما في العديد من القوانين التي تحدد القواعد المختصة وكذلك تحديد حقوق والالتزامات الزوجين⁽¹⁾ ولهذا السبب فان الاختلاف الديني يؤدي الى وجود انظمة قانونية خاصة حيث ان الدين يعتبر الضابط الاساسي في تحديد انتماء الشخص فقد كانت المجتمعات التي تتكون من عدة طوائف واديان بجانب الدين الاسلامي⁽¹⁾ .

من خلال ما تقدم يتضح ان الاختلاف في الاديان ليس امرا عاديا وإنما هو جزء اساسي في حياة البشر وان الدين الاسلامي تعامل مع هذا الاختلاف بواقعية وبتشريعات مترنة وقد تناول الفقه الاسلامي هذا الاختلاف باعتباره تنوعا في الاسس العقدية وتمييزه بوضوح عن الاختلاف المذهبي الذي يقتصر على الفروع الاجتهادية وهذا التمييز اثر بشكل مباشر على القوانين الشرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية وان الاختلاف الديني يتجاوز كونه مجرد مسألة فكرية او عقدية ليتحول الى عامل مؤثر في بناء الاسرة والمجتمع .

وان تمييز الاختلاف المذهبي عن الديني في إطار الرابطة الزوجية يستلزم الوقوف على نقاط التشابه التي تجمع بينهم اذ يبرز ان كلا الاختلافيين المذهبي والديني في ظهورهما داخل علاقة الزواج حيث ان في الاسلام تعتبر الاسرة الوحدة الاساسية في تنظيم المجتمع⁽²⁾ مما يترك اثراً مباشراً على مدى استقرار الاسرة حيث ان انعدام الاستقرار يؤدي الى عدم قيام الاسرة بإدارة شؤونها المختلفة على وجهه صحيح ولا يستطيع تحقيق اهدافهم⁽³⁾ حيث ان العلاقة الزوجية تعتبر اساس المجتمع فأن اي اختلاف في المرجعيات يؤثر بشكل واضح على استقرار الحياة الزوجية⁽⁴⁾ ومن جانب اخر يتصل كل

(1) شامي ختار، خطر الزواج المختلط السوري و اليات مكافحته، المؤتمر الدولي العلمي، اصدارات الرمز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية، المانيا، 2023، ص 50.

(2) سنار سوار سوار، دور الشريعة الاسلامية في تنظيم الاسرة و العلاقات الاسرية، مجلة علمية دورية صادرة عن الجامعة اللبنانية الفرنسية، عدد3، مجلد 9، اربيل، 2024، ص1028.

(3) علي محمد عبد الله الزهراني، التمايز و التجانس الاجتماعي و الثقافي بين الزوجين و علاقته بالاستقرار الاسري، مجلة كلية الخدمة الاجتماعية للدراسات و البحوث الاجتماعية، جامعة الفيوم، عدد32، بلا مجلد، 2023، ص459.

(4) م.د اقبال عبد ابراهيم عباس الهلالي، الاديان و الادوار الاسرية، مجلة القادسية في الاداب و العلوم التربوية، عدد4، مجلد 24، ج 1، 2024، ص45-ص59

من الاختلافين الديني والمذهبي بالنظام العام لانهما يؤثران على القيم الاساسية التي يبنى عليها المجتمع حيث ان العلاقات الاسرية وفي مقدمتها الزواج تنظم هذه العلاقات غالباً بقواعد امرة⁽¹⁾ وهذا يفسر لماذا يتدخل المشرع لتنظيم اثارهما ووضع قيود لضمان عدم المساس بالمبادئ العامة⁽²⁾. وهذا التدخل بدوره يعد منشأ خصباً لأثاره التنازع بين القوانين حيث يطرح كل من الاختلاف الديني والمذهبي تحديد المرجعية او القانون الذي يجب تطبيقه عليها خاصة عندما يختلف الزوجان في المذهب او الدين تظهر هذه النزاعات عندما لا يوجد نص واضح في هذا الشأن مما يستدعي اللجوء الى المبادئ العامة في الشريعة كما هو الحال في مسألة اشتراط الولي فقد اختلف الفقهاء في المذاهب وان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم ينص على اشتراط حضور الولي ولم يتطرق اليه⁽³⁾. مما يفتح الباب امام نشوء نزاعات قضائية حيث يمكن القول ان الاختلاف المذهبي والديني الى نشوء نزاع امام المحاكم مما يستلزم حله وفق النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية او وفق الاجتهاد القضائي ويتولى القضاء دوراً حاسماً في تحقيق التوازن بين الاجتهادات⁽⁴⁾ واحترام الخصوصية المذهبية او الدينية وضمان النظام العام .

وفي مقابل أوجه الشبه هذه تبرز أوجه تباين جوهرية تفصل بين الاختلافين من حيث الطبيعة والدرجة، فالاصل في الاختلاف المذهبي هو اختلاف يقع ضمن اطار الدين الواحد اذ ينتمي الزوجان الى الاسلام مع اختلافهم في المذهب الفقهي كالاختلاف بين المذهب الجعفري والمذاهب السنية كزواج الشغار فاتفق الفقهاء بالنهي عنه وحرام لكن اختلفوا في صحته اذا وقع فالحنفية عندهم العقد النهي لوصفه وليس لذات العقد بينما الظاهرية والحنابلة بانه فاسد مطلقاً سواء بأصله او وصفه بينما الجعفرية والزيدية فيعتبره باطل⁽⁵⁾، ويعد هذا الاختلاف في الفهم والاستنباط الفقهي لا يمس اساس

(1) شبورو نورية، الدفع بالنظام العام و تطبيقاته في مجال الزواج المختلط، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، عدد2، مجلد 3، 2018، ص52.

(2) محمد خنيش، الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، الجزائر، 2016، ص22.

(3) أ. نامق محمد اسماعيل، دراسة مقارنة بين قانون الاحوال الشخصية العراقي و المذاهب الفقهية في مسألة الولاية في النكاح، مجلة المستقبل للدراسات الانسانية، علمية محكمة، بلا عدد، بلا مجلد، بلا سنة نشر، ص312.

(4) د. احمد الكبسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، مكتبة السنهوري، بغداد، 1990م، ص9.

(5) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية، احسان للنشر و الطباعة، ط1، 2014، ص130.

العقيدة ولا الانتماء الديني ⁽¹⁾ بينما الاختلاف الديني فهو اختلاف في اصل العقيدة ذاتها وهي تتعلق بعقيدة الانسان ⁽²⁾ كأن يكون احد الزوجين مسلماً والاخر غير مسلم ⁽³⁾ و هو اختلاف عقائدي يمس المنطلق الديني للرابطة الزوجية ويؤثر في صحتها . و يترتب على هذا التمايز اختلاف في مشروعية الزواج واثره حيث ان الاختلاف المذهبي لا يؤثر في صحة عقد الزواج رغم اختلاف الفقهاء في مدى صحة الزواج ⁽⁴⁾ فيكون الزواج صحيحاً شرعاً وقانوناً متى ما كان كل من الزوجين مسلماً بغض النظر عن اختلافهم المذهبي وهذا ما استقر عليه الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية وعلى الجانب الاخر اختلف الحكم في الاختلاف الديني اذ سمح الفقه الاسلامي زواج المسلم من المرأة الكتابية وفق شروط وضوابط محددة ⁽⁵⁾ بينما حرم زواج المسلمة من غير المسلم تحريماً مطلقاً ⁽⁶⁾ و يمتد هذا التباين ليشكل ملامح موقف الفقه الاسلامي والتشريع العراقي تجاه كلا المفهومين فالفقه يتميز الفقه الاسلامي بالتسامح اتجاه الاختلاف المذهبي اذ تقرر وفق قاعدة لا انكار في مسائل الخلاف ⁽⁷⁾ أي لا يجوز التشدد على من قام برأي احد الفقهاء داخل مذهب لان ذلك لا يعتبر معصية حتى يثبت وجوب النهي عنها وان وجوب الانكار يتوقف على عنوان المنكر شرعاً وهو لا يثبت في المسائل المختلف عليها بين الفقهاء ⁽⁸⁾ أي نلاحظ ان الفقه الاسلامي يدعو الى احترام الآراء الفقهية لانها تؤدي تؤدي الى منع التعصب المذهبي وبهذا يطبق مذهب الزوجين او المذهب الذي تحكم به المحكمة وقت

(1) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، اختلاف المذاهب، تحقيق : عبد القيوم بن محمد شفيع تابستوى، دار الاعتصام، بلا سنة نشر، ص 21 -ص 30.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية، مصدر السابق، ص 22.

(3) موتالا محمد باغيان، اختلاف الدين و اثره في عقد الزواج، رسالة ماجستير في الفقه الاسلامي، جامعة حمد بن خليفة، قطر، 2017، ص 22.

(4) بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري، ج 1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967م، ص 38-ص 42.

(5) محمد فهد شقفة، شرح أحكام الاحوال الشخصية للمسلمين و النصارى و اليهود، ج 1، 1973م، ص 326.

(6) د. عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة . دار النفائس، ط3، عمان، 2004م، ص 99.

(7) أ. احمد فتحي محمود جنيدى، قاعدة لا انكار في مسائل الخلاف ،مجلة اللغة العربية و العلوم الاسلامية، عدد 15، عدد 15، مجلد 4، 2025م، ص 131.

(8) علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج 1، مصدر سابق، ص 387.

الخلاف بينما الاختلاف الديني فهو محل تشدد فقهي كونه يتعلق بأصل العقيدة وارتباطه باحكام قطعية⁽¹⁾ كقوله تعالى : (وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا)⁽²⁾.

اما المشرع العراقي في الاختلاف المذهبي نجد ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل يعترف به ولا يعتبره مانعا لصحة العقد كما يسمح بتطبيق القواعد المذهبية الخاصة بالزوجين او تحددتها المحكمة في حالة حصول خلاف وهذا يستشف من المادة (1/الفقرة 2)⁽³⁾ في عدم التقييد بمذهب معين ويختار ما يراه محققا للمصلحة وكذلك بالنسبة المدونة الجعفرية لم تتقيد بمذهب معين واشترطت فقط الاسلام هذا ما جاء في المادة (2/ف 3 / أ)⁽⁴⁾ اما بالنسبة للاختلاف الديني فله تنظيم خاص حيث ينظر بقضايا الاحوال الشخصية للمسيح واليهود بموجب قوانين خاصة بهم وفق ديانتهم وتختص بالنظر بالدعاوى بشأنهم محاكم البداية باعتبار انها محاكم المواد الشخصية⁽⁵⁾و تتجلى الآثار العملية في مسألتى الحضانة واستمرار الرابطة الزوجية حيث ان الاختلاف المذهبي لا يؤثر على حق الحضانة حيث ان الاهمية تكون لمصلحة المحضون مع ان هنالك تفاصيل مختلفة بين المذاهب⁽⁶⁾ بينما الاختلاف الديني فهو مؤثر بشكل مباشر في حق الحضانة لان العديد من الفقهاء يشترطون اتحاد الدين للحاضن⁽⁷⁾ خوفا ان ذلك يؤثر في عقيدة الطفل وتربيته الدينية لان دين الحاضنة اذا كان غير دين المحضون فتكون غير امينة على دينه وتفتقد احد شروط الحضانة⁽⁸⁾. اما من حيث امكانية استمرار العلاقة الزوجية فأن الاختلاف المذهبي لا لا يعد سببا في انتهاء عقد الزواج حيث يمكن ان يستمر بشكل طبيعي بدون اي عائق شرعي⁽⁹⁾ بينما

(1) د. محمد فوزي فيض الله، التعريف بالفقه الاسلامي، دمشق، بلا سنة نشر، ص 76.

(2) سورة البقرة : الآية 221.

(3) المادة 1/الفقرة 2 من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(4) المادة 2/فقرة 3 / أ من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2025.

(5) د. حيدر حسين الشمري، قانون الاحوال الشخصية بين المقتضى و المبتغى و البديل، مركز الدراسات الالوفية، عدد 7، بلا مجلد، 2008م، ص 202.

(6) حسين رجب محمد الزبيدي، الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي، مجلة التقني، عدد 10، مجلد 24، 2011، ص 146.

(7) محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، بلا سنة نشر، ص 408.

(8) علاء الدين خروفيه، شرح قانون الاحوال الشخصية، المعارف، 1963، ص 216.

(9) بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن بالاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص 168.

بينما الاختلاف الديني قد يكون سببا في انهاء الزواج في بعض الحالات مثل اعتناق احد الزوجين الاسلام بينما ظل الآخر على دينه وذلك بناء على التفاصيل الفقهية والقوانين المعمول بها .⁽¹⁾ وهذا ما اشار اليه قانون الاحوال الشخصية العراقي في المادة 18 منه فغير المسلم يجوز تبديل دينه استنادا الى قانون البطاقة الوطنية رقم 3 لسنة 2016 النافذ في المادة 26 /اولا⁽²⁾ (يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا لاحكام القانون) حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية بأنه (تجدر الاشارة الى ان الزوجة اعلنت اسلامها بموجب وثيقة اشهار الاسلام رقم 2/حجة اشهار/2015 بتاريخ 2025/1/11 والتي صدرت عن محكمة الاحوال الشخصية عرضت المحكمة على الزوج فرصة للاعتراف بالدين الاسلامي ووفرت له الوقت الكافي لتحقيق ذلك لكنه فرض ما قدم له ونظرا لان الزوج من مسلمة من غير مسلم غير مقبول وفقا لاحكام الشريعة فأن المدعية بعد اعلانها الاسلام لا يمكنها الاستمرار في علاقتها الزوجية مع زوجها الذي رفض دخول الاسلام....."⁽³⁾ وقضت في قرار لها ايضا ("حيث دعا المدعي انه في 15 ابريل 1992 اعلن اسلامه عبر شهادة الاسلام الصادرة من مركز الامام علي (عليه السلام) في السويد برقم 110133 ثم تزوج من زوجة مسلمة في 21 مارس 2009 وقد انجبا اطفالا من هذا الزواج لذلك طالب المدعي الحكم بتوثيق اسلامه لكي يتمكن من تسجيل زواجه من الزوجة المسلمة وتسجيل ابنائه كمسلمين وعليه قررت المحكمة الحكم بتصديق بأشهار اسلام المدعي استنادا الى المادة 26/اولا من قانون البطاقة الوطنية رقم 3 لسنة 2016"⁽⁴⁾ .

من خلال ما سبق نرى بان الفرق بين الاختلاف المذهبي والاختلاف الديني يشكل اختلافا مهما لا يقتصر على الجانب النظري وانما ينجم عنه تأثيرات شرعية وقانونية مباشرة تمس كيان الاسرة واستقرارها رغم ما يثيره الاختلاف المذهبي من تفاوت في الآراء الفقهية الا انه يبقى مقتصرًا على الاجتهاد في الامور الفرعية ولا يؤثر على اصل الانتماء الديني وهذا ما يفسر ميل الفقه الاسلامي والقانون العراقي الى التسامح في التعامل معه وعدم اعتباره عائقا امام استمرار العلاقة الزوجية بينما

(1) د. عبد الله بن يوسف الديع، اسلام المرأة و بقاء زوجها على دينه، بحث منشور، بلا سنة نشر، ص133.

(2) المادة (26) من قانون البطاقة الوطنية رقم 3 لسنة 2016.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد 7812 / هيئة الاحوال الشخصية / 2013 في 2013/12/30 نقلا عن : حسام الدين سلمان رجب و أ.د . علي عبد العالي الاسدي و أ.د. عبد الباسط عبد الصمد الشاوي، فسخ عقد الزواج بسبب تغيير ديانة احد الزوجين، مجلة دراسات البصرة، عدد60، بلا مجلد، 2025، ص9.

(4) قرار محكمة التمييز / حجة اشهار / الصادر بتاريخ 2025/2/4 غير منشور .

الاختلاف الديني يؤثر في الأساس العقدي للعلاقة الزوجية ويتخطى كونه مجرد اختلاف فكري ليصبح عاملاً هاماً في مشروعية الزواج واثاره وهذا ما يفسر تشدد الفقه الاسلامي والمشرع في تنظيم هذا الموضوع وربطه بالنظام العام وعليه فأن المعالجة القانونية للاختلافات الدينية والمذهبية خصوصاً في اطار القانون العراقي تعكس رؤية واقعية تهدف الى استيعاب التنوع الديني والمذهبي في المجتمع .

المطلب الثاني

أركان عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي

إن الانتقال من تأسيس الأسس النظرية للاختلاف المذهبي إلى الجانب العملي يتطلب بيان اركان عقد الزواج حسب الاختلاف المذهبي وذلك لفهم مدى تأثير تنوع المدارس الفقهية في الأنظمة التي يقوم عليها هذا العقد؛ إذ لا يمكن تصور وجود الرابطة الزوجية واستقرار المراكز القانونية لأطرافها بدون توضيح الأحكام المذهبية المتعلقة بعناصرها وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الاول الايجاب والقبول في عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي وفي الفرع الثاني سنتطرق الى شهادة الشهود في عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي .

الفرع الاول

الإيجاب والقبول في عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي

يشير الاختلاف المذهبي بين الزوجين الى إشكالات دقيقة تمس أركان عقد الزواج ذاتها وليس فقط أثاره وذلك لأن كل مذهب يتبنى تصوراً خاصاً لبعض عناصر تكوينه مما يترتب عليه اختلاف تقييم صحة الزواج من عدمه.

وتظهر الخلافات المذهبية من خلال الشروط في اطراف العقد كشرط العمر والعقل والأهلية وقد اختلفت المذاهب في تحديد السن لاعتباره مؤهلاً للزواج⁽¹⁾ ولم يذكر في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية نصاً يحدد سن الزواج مما يعني ان الزواج يبقى صحيحاً سواء كان الزوجين بالغين أو احدهما فقط ومع ذلك يحق لولي الامر ان يضع قيوداً على ما مباح حسب ما يراه مناسباً للمصلحة

(1) د. زكريا محمد فالح القضاة، تطور الاجتهادات في سن اهلية الزواج دراسة فقهية قانونية، جامعة اليرموك، الاردن، بلا سنة نشر ' ص 4173.

العامّة ووفقاً لمبادئ الشريعة⁽¹⁾ وبالتالي يعتبر تحديد سن الزواج اجراءً تنظيمياً مقبولاً للحفاظ على صحة المجتمع ورفاهيته⁽²⁾ كما اختلفوا في اعتبار البلوغ شرطاً لصحة العقد فقد ذهب الشيعة الجعفرية⁽³⁾ وفقهاء الجمهور⁽⁴⁾ الى اعتبار ان زواج الصغير جائز لان البلوغ الشرعي ليس شرطاً قانونياً لصحة الزواج واستندوا في ذلك الى القران الكريم الذي اقر بصحة الزواج ووضح الاثار المتعلقة به مثل عدة النساء الصغيرات حيث قال تعالى : [وَاللّٰثِي يَّسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ اِنْ اَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ اَشْهُرٍ وَاللّٰثِي لَمْ يَحْضَنْ] ⁽⁵⁾ وحيث ان العدة تمثل نتيجة من نتائج الزواج الصحيح فان هذا يدل على جواز الزواج من الصغيرة وقد ربط الفقه الاسلامي سن الزواج بالبلوغ حيث ان بلوغ الرجل عند الفقه الجعفري يعد من المواضيع التي تحظى بأهمية كبيرة في الجانب الفقهي⁽⁶⁾ حيث يتم النظر الى البلوغ كمفهوم يشير الى بداية تحمل المسؤولية الشرعية وان الشخص الذي لم يصل الى سن البلوغ يعتبر غير ملزم بالواجبات الشرعية⁽⁷⁾ والى جانب ذلك يعد البلوغ مسألة ترتبط بالعادات والتقاليد فقد وضع الشارع شروطاً وضوابط لتحديد مفهوم البلوغ حيث ان علامات البلوغ التي اشار اليها الفقه الجعفري تتمثل بظهور الشعر الخشن والاحتلام وبلوغ الخامسة عشرة سنة⁽⁸⁾ هلالية⁽⁹⁾ بالنسبة للذكور بينما البلوغ عند المرأة فقد اختلف الفقهاء بالنسبة للبنات فقد اختلفوا الى اقوال منهم من يرى اكمال تسع سنين هلالية حيث اشار الية الطباطبائي الى انه يستنتج من مجموع الروايات السابقة

(1) د. منادى مليكة بريكة، التحديد التشريعي لسن الزواج، مجلة القانون و المجتمع ، عدد 10 ، بلا مجلد ، 2017 م، ص 212.

(2) د. منادى مليكة بريكة، مصدر سابق، ص 213.

(3) محمد مصطفى الشبلي، احكام الاسرة في الاسلام، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1977، ص 127 .

(4) ابي الوليد محمد ابن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة للطباعة و النشر، 1982 م، ص5-ص6. الشرييني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج3، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، بلا سنة نشر، ص 169 -ص 173 . ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، دار الكتب العلمية للطباعة و النشر، بيروت، ط1، 2003م، ص 264

(5) سورة الطلاق : الاية 4 .

(6) جعفر السبحاني، البلوغ حقيقته، علاماته و احكامه، مؤسسة الامام الصادق (ع)، ط1، 1418 هـ، ص 6 .

(7) الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج2، دار الكتاب الاسلامي، بيروت، بلا سنة نشر، ص 282 .

(8) محمد صادق الروحاني، فقه الامام الصادق (عليه السلام)، ج20، ط3، مؤسسة دار الكتاب، 1414 هـ، ص 99.

(9) فخر المحققين المطهر الحلي، ايضاح الفوائد في شرح أشكالات القواعد، ج2، بلا سنة نشر، ص 51 .

ان الفتاة تصل الى البلوغ عند اكمال تسع سنوات ⁽¹⁾ والقول الثاني يرى اكمال عشر سنين هلالية ⁽²⁾ بينما القول الثالث يرى البلوغ عند المرأة يكون في اكمال ثلاث عشرة سنة هلالية ⁽³⁾، وانتهت آرائهم الى تفاوت في ضرورة كمال العقل ⁽⁴⁾.

و حسب قانون الاحوال الشخصية العراقي فإنه قد استند في تحديد الاهلية للزواج بناء على معيار يرتكز على سن معين يتيح للفرد توقيع عقد الزواج بإرادته وتحمل المسؤوليات السن القانونية للزواج وهي الثامنة عشر عاما حيث اشارة الية المادة (7/ف1) ⁽⁵⁾ ("يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة"). بالرغم من ذلك يسمح القانون على سبيل الاستثناء بالزواج في سن الخامسة عشرة بشرط حصول اذن من القاضي في (المادة 8 /1-2) ⁽⁶⁾ ("إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فالقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج") وعليه فأن كل من اكمل الثامنة عشر من العمر وكان عاقلا فأن عقده صحيح سواء كان رجلا او انثى ويتبين ان المشرع اعتمد على سن البلوغ الواردة في القانون المدني اما وفق المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فنصت في المادة (2/ خامسا) ⁽⁷⁾ في يجب ان يكون العاقد بالغ عاقلا الا انها لم تبين ماذا تقصد في سن البلوغ الا انها قد مدونة الاحكام الشرعية الجعفرية حسمت في قرارات لها في تحديد سن البلوغ في اكمال الذكر خمس عشرة سنة هجرية او تحقق علامات البلوغ الشرعية وللأنثى بإكمال تسع سنوات هجرية ⁽⁸⁾.

-
- (1) الطباطبائي، رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل، ج6، دار الهادي، ط1، 1992 م، ص 379 .
 - (2) يحيى سعيد الحلي، الجامع للشرائع، مؤسسة سيد الشهداء، بلا سنة نشر، ص 153.
 - (3) الحائري، فقه العقود دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و الفقه الوضعي، ج2، مجمع الفكر الاسلامي، ط5، بلا سنة سنة نشر، ص 119 ص122.
 - (4) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص 35-36.
 - (5) المادة 7 ف 1 من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .
 - (6) المادة 8 من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .
 - (7) المادة (2/خامسا) من المدونة الاحكام الشرعية الجعفرية رقم (1) لسنة 2025 و التي تنص (ان يكون عاقلا بالغاً)

(8) القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، بلاعدد/2025، بتاريخ 2025/12/31 و الذي جاء فيه (ان الحكم الحكم التمييزي غير صحيح و مخالف لاحكام الشرع و القانون في تعلق الامر بالحضانة حيث ان المحضونة من مواليد 2016/2/27 اي بالغة تسع سنوات و سبعة اشهر في تاريخ اقامة الدعوى حيث ان الدعوى حسمت دون

وعليه يرى ان اختيار تطبيق المدونة وفق المذهب الشيعي الجعفري هو تصرف قانوني فحتى يكون صحيحاً فلا بد من صدوره من شخص كامل الاهلية فلا يجوز اعطاء حق اختيار تطبيق المدونة الاحكام الشرعية الجعفرية في الحالات التي نص عليها القانون لتزويج الصغار دون سن الثامنة وكان قد اكمل الخامسة عشر من العمر ويجوز لكل من بلغ الخامسة عشر من العمر ان يطلب من القاضي اذا وجدت ضرورة قصوى تتطلب ذلك بشرط تحقق البلوغ الشرعي وعلى وفق ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية في المادة (2/8) سابقة الذكر بمعنى ان زواج الصغير دون الثامنة عشر يكون خاضع لقانون الاحوال الشخصية (1).

و نرى أن تنوع المذاهب الفقهية في تحديد سن البلوغ وتأثيره على القدرة على الزواج يعكس طبيعة الاجتهاد في هذه المسألة لكن اعتماد معيار قانوني موحد للأهلية كما فعل قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل حيث أنه قد تبنى معياراً واضحاً في تحديد سن البلوغ والاهلية اذ جعلها بثمانى عشر سنة وهذا يعكس تأثره الواضح بالقانون المدني العراقي في المقابل فأندونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري لم تعتمد على سن معين بصورة صريحة و انها اعتمدت معياراً شرعياً و ربط القضاء هذه المسألة بالمعايير الفقهية مما يؤدي بذلك الى عدم توحيد القرارات القضائية في هذا الموضوع.

وفيما يخص الصيغة فتعتبر جزءاً أساسياً من عقد الزواج حيث تعتبر وسيلة للتعبير عن رغبة الطرفين في تكوين الرابطة الزوجية وعليه تتكون الصيغة من الايجاب والقبول حيث يعبر كلاهما عن

عرض موضوع الدعوى و الاحالة للمادة (88) من مدونة الاحكام الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية وفق المذهب الشيعي هذا ما اخل بالحكم....) وكذلك في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 2025/16927، بتاريخ 2016/12/8 و الذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون إذ كان على المحكمة مفاتحة المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي عملاً بأحكام المادة (335) من مدونة الأحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية وفق أحكام المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025) و جاءت ايضا في قرار اخر لمحكمة التمييز (لدى التدقيق و المداولة وجد ان الحكم غير صحيح و مخالف لاحكام الشرع و القانون حيث ان البنات تولد 2007/6/29 فتكون بالغة سن الرشد و يمكن مخاصمتها بصفتها الشخصية اما بخصوص الولد تولد 2/15/2009 فقد جاء في التقرير الطبي انه يعاني من شلل دماغي رباعي تشنجي ... حيث قرر اعادة ارسالة الى اللجنة الطبية لذا قرر نقضه.) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 2026/6976، بتاريخ 2026/4/13 غير منشور .

(1) رحيم حسن العكيلي، تطبيق المذهب الشيعي الجعفري (شرح احكام تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (1) لسنة 2025، كريكتس للطباعة، ط1، بغداد، 2025، ص99.

رغبة الزوجين او من ينوب عنهم ⁽¹⁾ وتتوعد الآراء المذاهب الإسلامية في تحديد مصدر الايجاب لكنها اتفقت على ضرورة توافق الارادتين بشكل واضح كما يظهر الخلاف المذهبي في المعنى الذي تحمله الالفاظ وهو الالم حيث اختلفوا الامامية في ان الزواج يجب ان ينعقد بلفظ زوجت وانكحت بصيغة الماضي ولا ينعقد بغيرهما ⁽²⁾ واختلف في صحة الزواج اذا لم يقع بصيغة الماضي او وقع بالفاظ غير مشتقة من مادتي الزواج والنكاح حيث قال الحنفية يجوز العقد بكل ما يدل على ارادة الزواج حتى بلفظ التملك والهبة والعطاء ولا ينعقد بلفظ الاجارة والعارية والمالكية والحنابلة يرون ان عقد الزواج ينعقد بلفظ النكاح ومشتقاتها وينعقد بالهبة بشرط مقرونة بصداق ⁽³⁾ ويرى الشافعية يجب ان تكون صيغة العقد مشتقة من التزويج والنكاح فقط ⁽⁴⁾ وان الخلاف يمتد ليشمل لغة الصيغة حيث يرى الجعفرية والشافعية والحنابلة انه من كان يستطيع النطق باللغة العربية فلا يصح العقد بغيرها ⁽⁵⁾ بينما يرى جمهور الفقهاء انه لا يوجد هنالك دليل على اعتبار اللغة العربية ويستوي في ذلك سواء كان الشخص قادرا ام غير قادرا ⁽⁶⁾ وهنالك ايضا خلافا حول الزمان والمكان في الصيغة حيث اشترطت المذاهب ان يحدث الايجاب والقبول في نفس المجلس دون ان يكون هنالك فاصل زمني كالامامية ⁽⁷⁾ والشافعية والحنابلة يشترطون الفور في العقد ⁽⁸⁾ وفي المقابل اعتبرت المذاهب المالكية والحنفية ان

(1) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص 15 .

(2) موسوعة الشهيد الأول، اللعة الدمشقية في الفقه الامامية، ج 13، مركز العلوم و الثقافة الاسلامية، ط 1، 2009 م، ص 220 .

(3) ابن قدامه ، مصدر سابق ، ج 11 ، ص 7 و ابي عبد الله مالك بن انس بن مالك الاصبحي الحميري ، المدونة الكبرى ، وزارة الشؤون الاسلامية و الاوقاف و الدعوة و الارشاد ، مجلد رابع ، السعودية ، ص 2 .

(4) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص 16 .

(5) محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج 3، مصدر سابق، ص 190 . و د. محمد حسين الذهبي، الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بين مذاهب اهل السنة و الشيعة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 3، 1991م، ص 59 .

(6) محمد امين، حاشية ابن عابدين رد المختار على الدر المختار، دار الثقافة و التراث، ط 1، 2000م، ص 66 و ما بعدها .

(7) بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري، مصدر سابق، ص 39 - 40 .

(8) لجنة التحقيق تراث الشيخ الاعظم، كتاب النكاح للشيخ مرتضى الانصاري، مجمع الفكر الاسلامي، ط 4، بلا سنة نشر، ص 85 .

هنالك قدراً من المرونة وإجازت وجود فاصل بسيط أي لا يشترطون الفور في العقد⁽¹⁾ أي بواسطة الوكالة أو المراسلة طالما أن القبول مرتبط بوضوح بالإيجاب ويحقق الهدف من العقد ويشترط في الإيجاب والقبول والتنجيز أي يكون في الحال⁽²⁾ أما بخصوص الزواج بالكتابة أو بالإشارة نظراً لأهمية عقد الزواج يجب أن يتم العقد بعبارات واضحة لا تحتمل التأويل في الإيجاب والقبول لهذا يرى الفقه الجعفري الإيجاب والقبول يتحققان باللفظ أما إذا كان العقد بالكتابة فهو لا يصح مع ممن له القدرة على النطق أما مع العاجز كالأخرس تصح الكتابة إن كان يجيدها وإلا بالإشارة إن كانت واضحة⁽³⁾ في المقابل يمنع المذهب الشافعي والمالكي والحنبلي إجراء عقد الزواج بالكتابة لمن يستطيع النطق سواء كان حاضراً أو غائباً أما الأحناف فيرون أنه يمكن إجراء عقد النكاح بالكتابة لكن يشترطون أن يسمع شاهدان ما كتبه الراغبين بالزواج⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لموقف التشريعات من الصيغة نلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية جاء في المادة (4) منه ("ينعقد الزواج بإيجاب - يفيد لغة أو عرفاً - من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه")⁽⁵⁾ ويتفق هذا النص مع ما أستقر عليه الفقه الإسلامي إذ اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج يقوم على ركن أساسي وهو الإيجاب والقبول أي يوضح عناصر العقد حيث نص على أن الزواج يتم من خلال إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الآخر ويمكن أن يكون الوكيل بديلاً عن أحد الزوجين وإن هذه المادة تقتصر العديد من التفاصيل التي أشار إليها الفقه الإسلامي بشكل عام والفقه الجعفري بشكل خاص لأن القانون يشير إلى العديد من النصوص للتفسير وذلك في المادة (1/ ف2- (3) "تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية")⁽⁶⁾ حيث تشير الفقرة الثالثة إلى أنه يجب على المحاكم الالتزام بالأحكام التي اعتمدها القضاء والفقه الإسلامي في العراق أي يمكن

(1) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص 16 - ص 17 .

(2) خلود بدر الزمانان، شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي و اختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي، بحث منشور، عدد 32، ج 4، بلا سنة نشر، ص 1453 .

(3) م. م محمد جاسم محمد، عقد الزواج في الفقه الجعفري و قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، مجلة جامعة ذي قار، عدد 2، مجلد 2، 2006، ص 146

(4) د. حمود أحمد محمد عبده الفقيه، مصدر سابق، ص 91 .

(5) المادة 4 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(6) المادة (1) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

للقضاء العراقي الرجوع الى الفقه الاسلامي في الموضوعات التي تفتقر التفاصيل اما في المادة (6/ف2) حيث تنص (ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ الكتاب او تقرأه على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على انها قبلت الزواج منه)⁽¹⁾ من نفس القانون تشير الى يمكن اتمام الزواج بين الطرفين من خلال الكتابة عندما يكون احدهما غائبا بشرط ان تقرأ امام الشاهدين حيث انه يتفق مع رأي بعض المذاهب لاسيما الحنفي وهذا يتعارض مع وجهة نظر الفقه الجعفري الذي يشترط ان يكون القبول فوراً بعد الايجاب واتباع رأي الفقه الحنفي في هذه المسألة.⁽²⁾

حيث نلاحظ ان القانون لم يذكر بالتفصيل شروط الصيغة كما فعل الفقه الاسلامي كأشترط الموالاة أو تحديد الالفاظ الصريحة وانما احال الى الفقه والقضاء .

اما بالنسبة للمدونة الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري قد اعطى للصيغة عناية خاصة والذي تشدد على اللفظ في انشاء عقد الزواج وهذا ما جاء في (المادة الثانية / اولا)⁽³⁾ منه والتي تنص (....) "الإيجاب والقبول اللفظيان، فلا تكفي الكتابة ولا الإشارة المفهمة من غير الأخرس ومن بحكمه...." و يجب ان تكون الصيغة مشتملة على الايجاب والقبول بعبارات صريحة فوراً دون الفصل بينهم هذا ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي نصت (" الموالاة بين الإيجاب والقبول، بمعنى أن لا يقع بينهما فصل طويل عرفاً") وهذا يشير الى حرص المشرع بالبنية الفقهية للعقد كما اشترطت المادة (2/رابعاً) حيث نصت ("أن يكون العاقد المجري للصيغة قاصداً لإنشاء معناها حقيقة، فلا عبرة بعقد الهازل والساهي ونحوهما ممن لا قصد له معتد به") اي ان يكون العاقد قاصداً معنى الصيغة الحقيقي حيث لا عبرة في عقد الهازل ويعتبر باطل ويلاحظ ان المشرع في قانون الاحوال الشخصية اجاز التعبير الكتابي في عقد الزواج بين الغائبين وهذا ما نصت عليه في المادة (2/6)⁽⁴⁾

(1) المادة (6) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(2) م. م محمد جاسم محمد، مصدر السابق، ص 149 .

(3) المادة (2) مدونة الاحكام الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 .

(4) المادة (2/6) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل و التي تنص (ينعقد الزواج بالكتابة لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ الكتاب او تقرأه على الشاهدين و تسمعهما عبارته و تشهدهما على انها قبل الزواج منه)

من قانون الأحوال الشخصية بينما المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فإنها لم تأخذ بالزواج بالمراسلة لعدم الاخذ به في الفقه الامامي اضافة الى ذلك ما نصت عليه المادة (2/اولا) من المدونة التي اوجبت ان يكون التعبير لفظي مع القدرة على النطق باستثناء الاخرس .

و يظهر فرق المعالجة التشريعية بين قانون الأحوال الشخصية ومدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري في تنظيم صيغة عقد الزواج وطبيعة الوسائل المستخدمة للتعبير عنها اذ أقتصر القانون الاول على بيان قاعدة عامة متمثلة بالايجاب والقبول مع السماح بالتعبير عنها بوسائل متعددة مثل الكتابة في حالة الغياب مع ترك بعض التفاصيل للفقه الاسلامي والاخذ بمختلف الآراء الفقهية بينما المدونة الجعفرية فقد اعتمدت معالجة اكثر تشددا وتفصيلا اذ اشترطت ان يكون الايجاب والقبول بصيغة لفظية واضحة وعدم الاعتماد على الكتابة مع القدرة على النطق اي يكمن جوهر الاختلاف في المرونة التي يتميز بها قانون الأحوال الشخصية مقارنة بمدونة الجعفرية التي تتسم بالتحديد والدقة في تنظيم الصيغة .

حيث ان قانون الأحوال الشخصية العراقي لم ينص صراحة على شرط التأبيد ضمن شروط انعقاد عقد الزواج إلا أن هذا الشرط يُستفاد ضمناً من تعريف الزواج الوارد في المادة (1/3) ⁽¹⁾ منه التي نصت على (" أن الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"،) وهو ما يفيد أن الأصل في عقد الزواج الدوام والاستمرار لا التوقيت وعليه فإن موقف القانون العراقي ينسجم مع الاتجاه القائل بأن الزواج رابطة دائمة بطبيعتها وإن لم يرد النص على التأبيد بوصفه شرطاً مستقلاً من شروط العقد أما مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فقد أغفلت المادة (2) منها من الاشارة الى هذا الشرط مما يعني إمكانية ان يكون العقد مؤقتاً استنادا الى جوازه عند الامامية .

و نرى أن موضوع التوقيت يعد من أكثر الموضوعات التي يظهر فيها تأثير اختلاف الآراء الفقهية بشكل مباشر على صحة الزواج وعلى الرغم من ان الفقه الجعفري يعتمد على عدة ادلة في السماح بالزواج المؤقت ألا ان الموقف الذي اتبعه قانون الأحوال الشخصية بعدم الاعتراف بالتوقيت يتماشى مع فكرة الاستقرار الاسري .

الفرع الثاني

(1) المادة (1/3) من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل .

الإشهاد في عقد الزواج على وفق الاختلاف المذهبي

يعد عقد الزواج من العقود الرضائية والتي تتطلب شروطاً لتمامها ومن بين هذه الشروط هو الأشهاد والتوثيق وعليه فإن الفقه الاسلامي لم يحدد لعقد الزواج شكلاً معيناً اذ لم يطلب الكتابة فيه ولا اجراؤه في مكان مخصص (1).

اما بخصوص الشهادة على عقد الزواج فقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في هذا الحكم الى ثلاثة اقوال :

الاول : عدم اشتراط الإشهاد لصحة عقد الزواج: ذهب به فقهاء الجعفرية وابن منذر ومالك واحمد في رواية (2) الى عدم ضرورة الاشهاد على عقد الزواج (3) وان الإشهاد ليس شرطاً لصحة عقد الزواج، وأن الزواج يتم بشكل صحيح حتى لو لم يكن هناك شهود، ولكن الإشهاد مستحب وليس واجباً (4) واستند فقهاء الإمامية إلى أدلة من القرآن والسنة والإجماع

فمن القرآن استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾، (5) وأيضاً قوله تعالى: ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ (6)، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلُ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ (7). واستندوا إلى أن الشارع نص صراحة على الإشهاد في الطلاق، ولم يوجد نص مماثل في عقد الزواج، مما يدل على عدم اشتراطه.

-
- (1) د. عبد الفتاح بكارة، الزواج المدني (دراسة مقارنة) و دار الندوة الجديدة، لبنان، ط1، 1994م، ص 37.
 - (2) ابن قدامة، المغني، تحقيق : ابو عبد الله يوسف بن محمد الشرعي، ج11، دار كنوز الاسلام، اليمن، بلا سنة نشر، ص 16. (وفي رواية عن احمد يصح ان النكاح يصح بغير شهود) و د. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية، ج6، مؤسسة الرسالة، ط1، 1993م، ص 109.
 - (3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، مصدر سابق، ص 390. و المحقق الحلي، النافع في مختصر الشرائع، مؤسسة البعثة، قم، ط1، 1413هـ، ص 272. و احمد النراقي، مستند الشيعة، ج16، مؤسسة ال البيت عليهم السلام لاحياء التراث، ط1، 2008م، ص 15 و احمد الخوانساري، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، تحقيق : محمد باقر ملكيان، ج7، العتبة العباسية المقدسة، كربلاء، ص 25. و د. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في احكام الاسرة الاسلامية، مؤسسة المختار، ط1، 2004م، القاهرة، ص 40.
 - (4) ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، ج2، مصدر سابق، ص363.
 - (5) سورة النور : الاية (32)
 - (6) سورة النساء : الاية(3)
 - (7) سورة الطلاق: الاية (2).

فيما يتعلق بالسنة، هناك عدة روايات عن أئمة أهل البيت (عليهم السلام) تؤكد عدم اشتراط الشهادة في الزواج، مثل ما روي عن الإمام الكاظم (عليه السلام) خلال مناظرته مع أبي يوسف القاضي، حيث أوضح أن الله تعالى أكد الشهادة في الطلاق ولم يشترطها في الزواج⁽¹⁾. كما ورد عن الإمام الصادق (عليه السلام) أنه سئل عن الزواج بدون شهود فقال: «لا بأس»⁽²⁾، وأيضاً قال إن الشهادة وضعت لحفظ الأنساب والمواريث⁽³⁾.

الثاني : الإشهاد شرط لتمام الزواج لا لصحته: ذهب به فقهاء المالكية الى ان الاشهاد ليس شرطاً لصحة عقد الزواج وإنما هو شرط عند الدخول بالزوجة وذهب بعضهم الآخر الى انه مستحب عند العقد وواجب عند البناء⁽⁴⁾. وبالتالي، فإن عقد الزواج ينعقد صحيحاً حتى لو تم بدون شهود، ولكنه لا يكتمل إلا بالإشهاد أو الإعلان. لذلك، استحبوا أن يتم الإشهاد خلال مجلس العقد، وإذا لم يحدث عند العقد، يجب أن يكون عند الدخول، ويعتبر الإعلان بديلاً عن الشهادة لتحقيق الغرض منها⁽⁵⁾.

الثالث: اشتراط الإشهاد لصحة عقد الزواج: ذهب به جمهور فقهاء المذاهب الأربعة ما عدا المالكية الى ضرورة الاشهاد على عقد الزواج واشتراطوا حضور شاهدين عند القول بصيغة العقد لسماع الايجاب والقبول⁽⁶⁾. واستندوا على ذلك بما روي عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) من أحاديث مثل: « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »⁽⁷⁾، وكذلك: « لا نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر ما قل أو كثر »⁽⁸⁾. وقد استندوا إلى هذه الأدلة وغيرهم في القول بوجوب الإشهاد كشرط لصحة العقد.

وعليه فإن الشهادة لا تعد من شروط انعقاد عند اغلب المذاهب الإسلامية وبالتالي فإن غيابها لا يؤدي الى بطلان العقد وإنما تختلف بين الفساد والتوقف وذلك باختلاف المذاهب .

(1) محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ج5، مصدر سابق، ص234.

(2) محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ج5، مصدر سابق، ص234.

(3) محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ج5، مصدر سابق، ص234.

(4) د. عبد الكريم زيدان، المصدر السابق، ص 109.

(5) موسى ابو الشون ابو هذيله الجبوري، دور النظام العام في مسائل الاحوال الشخصية، اطروحة دكتوراه في القانون

القانون الخاص، معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الاشرف، 2026م، ص 24.

(6) ابن قدامة، المغني، ج 11، مصدر سابق، ص 16 و د. عبد الكريم زيدان، مصدر السابق، ص 109.

(7) ابي الحسن علي بن ابي بكر الشافعي نور الدين الهيثمي، مجمع الزوائد و منبع الفوائد، تحقيق، حسين سليم

الداراني، ج10، دار المنهاج ط1، 2015م، ص286

(8) ابي الحسن علي بن ابي بكر الشافعي نور الدين الهيثمي، المصدر اعلاه، ص286

واتبعت بعض القوانين العربية⁽¹⁾ شرط الإشهاد في عقد الزواج، حيث اشترطت وجود شاهدين يتمتعان بالأهلية القانونية عند إبرام العقد، وأن يكونا على علم بأنه عقد زواج بين رجل وامرأة معينين. وبناءً على ذلك، فإن الآثار القانونية للزواج لا تنطبق إذا تم بدون استيفاء هذا الشرط.

أما في القانون الأحوال الشخصية العراقي⁽²⁾ فإن عقد الزواج يعد من العقود الرضائية إذ لم يشترط القانون شكل معين لانعقاده كأن يكون مكتوباً أو أن يتم أمام جهة معينة كما أن اشتراط تسجيل عقد الزواج في محكمة الأحوال الشخصية لا يجعله عقداً شكلياً لأن الهدف من التسجيل هو التوثيق وليس شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة ويؤكد ذلك اعتراف محاكم الأحوال الشخصية بالعقود التي تُبرم خارج المحكمة من خلال إصدار حجة زواج لها أما ما نصت عليه المادة (5/10)⁽³⁾ من إيقاع عقوبة على من يُجري عقد الزواج خارج المحكمة فهو إجراء تنظيمي لا يؤثر على صحة العقد.

ومع ذلك فقد اشترط المشرع العراقي الشهادة على عقد الزواج، حيث نصت المادة (1/6) من قانون الأحوال الشخصية على أنه ("لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة ومنها شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية")⁽⁴⁾.

إلا أن المشرع العراقي ساوى بين شروط الانعقاد وشروط الصحة فحكم بانعدام العقد عند غياب أي شرط منها بما في ذلك الشهادة وبناءً عليه يُعتبر عقد الزواج بحكم الباطل إذا تم دون حضور شاهدين كاملي الأهلية.

إلا أنه عند الرجوع إلى مدونة الأحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية وفق أحكام المذهب الجعفري يلاحظ أنها لم تذكر الإشهاد كشرط لصحة عقد الزواج، وهذا يتوافق مع الرأي الفقهي

(1) حيث نصت المادة (9) من قانون الأسرة الجزائري رقم (11) لسنة 1984 المعدل . كما أن المشرع الإماراتي اشترط فرض الإشهاد لصحة عقد الزواج، واعتبرها من الشروط الأساسية التي يؤدي عدم استيفائها إلى بطلان العقد، وذلك وفق المادة (26) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (41) لسنة 2024 .

(2) أ.م.د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مصدر سابق، ص 56.

(3) المادة (5/10) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل و التي تنص على (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على الف دينار كل رجل عقد زواج خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات اذا عقد خارج المحكمة زواجا اخر مع قيام الزوجية)

(4) المادة (1/6) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

الأمامي الذي ينص على عدم اشتراط الشهادة لصحة العقد وهذا ما جاء في نص المادة (2)⁽¹⁾ منها .
و يرتبط الأشهاد على عقد الزواج ارتباطا وثيقا بتوثيقه لان كلاهما يؤدي الى اثبات قيام العلاقة الزوجية ولهذا السبب ان المشرع العراقي اعطى أهمية خاصة لتوثيق عقد الزواج لما يحققه من ضمانات قانونية حيث يتبين ان المشرع العراقي لم يقتصر على اشتراط الاشهاد على عقد الزواج وانما عزز ذلك بضرورة توثيق العقد باعتبار ان الشهادة والتوثيق هما يمثلان وسيلتين لتحقيق الاسري وهذا ما نصت المادة (10)⁽²⁾ من قانون الاحوال الشخصية اما المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الجعفري فإنه لم يتضمن نص صريح يلزم بتوثيق عقد الزواج لدى الجهات الرسمية المختصة⁽³⁾.

و نرى أن وجود الشهادة على عقد الزواج يعد من أهم الضمانات لحماية حقوق الزوجين وتجنب المنازعات المتعلقة بوجود العقد أو نفيه خصوصا في ظل التطور الاجتماعي لذلك فإن المشرع العراقي قد تبني موقفا اكثر دقة في مسألة الشهادة في عقد الزواج وبالرغم من ان عقد الزواج لا يتطلب شكلية معينة وان القانون رغم لم يشترط الكتابة ولا ابرام العقد لدى جهة معينة الا انه اشترط حضور شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية واعتبر هذا الشرط من الشروط الجوهرية حيث انه سعى الى ضمان تحقيق الاستقرار في العلاقة الزوجية وبالرغم ان المحاكم القضائية قد تتساهل في اشتراط

(1) المادة (2) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم (1) لسنة 2025.

(2) المادة (10) من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 و التي تنص على (يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقا للشروط الاتية:

1- تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدین وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج على ان يوقع هذا البيان من العاقدین ويوثق من مختار المحلة او القرية او شخصين معتبرين من سكانها .

2- يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الامراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الاخرى التي يشترطها القانون .

3- يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بامضاء العاقدین او بصمة ابهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج .

4- يعمل بمضمون الحجج المسجلة وفق اصولها بلا بينة، وتكون قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بالمهر، ما لم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة .

5 - يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على الف دينار كل رجل عقد زواج خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات اذا عقد خارج المحكمة زواجا اخر مع قيام الزوجية .

(3) المادة (2) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم (1) لسنة 2025.

الشهود عند تصديق عقد الزواج الا انه لا يغير من طبيعة النص ولا من الهدف الذي سعى من اجله المشرع اما المدونة الشرعية الجعفرية رغم انسجامه مع الاساس الفقهي الجعفري الا انه قد يسبب اشكاليات في الواقع العملي لاسيما وقت نشوء النزاع .

ومن خلال ما سبق يتضح أن الاختلاف الفقهي بين المذاهب الإسلامية لم يقتصر على الجوانب النظرية المرتبطة بعقد الزواج وإنما أمتد الى عدد من أركانه وشروطه الأساسية الأمر الذي ظهر بصورة واضحة في التنظيم التشريعي في كل من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 والمدونة الجعفرية رقم (1) لسنة 2025 كما يتضح ان المشرع العراقي اتجه في الكثير من الاوقات الى تبني حلولاً تحقق قدراً أكبراً من الاستقرار الاسري ووحدة النظام القانوني بينما المدونة الجعفرية حرصت على الالتزام بالأسس الفقهية الخاصة بالمذهب الجعفري مما يؤدي الى ظهور اختلافات تثير مشاكل عند التطبيق العملي للأحكام.

وختاماً، تثار إشكالية قانونية في حالة اختلاف مذهب الزوجين، ولا سيما بعد التعديلات التي طرأت على قانون الأحوال الشخصية وفي ظل إمكانية إخضاع العلاقة الزوجية لأحكام مدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025، لما قد يترتب على ذلك من اختلاف في الأحكام القانونية الواجبة التطبيق، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية للزوجين وإثارة منازعات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق.

ولمعالجة هذه الإشكالية، نرى ضرورة تدخل المشرع العراقي بوضع تنظيم تشريعي صريح يحدد ضوابط تطبيق كل من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل ومدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025 في حالات اختلاف المذهب بين الزوجين، وذلك من خلال النص على قواعد واضحة لحسم تنازع الأحكام القضائية وبيان نطاق سريان كل منهم بما يضمن بعدم تضارب الأحكام القضائية ويكفل استقرار الروابط الأسرية وحماية حقوق أطراف العلاقة الزوجية

المبحث الثاني

ذاتية الاختلاف المذهبي

يعد موضوع الاختلاف المذهبي من القضايا الاساسية التي تتواجد بقوة في الابحاث القانونية والدراسات الفقهية الحديثة وخاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية حيث يؤثر بشكل مباشر في بناء الاسرة واستقرارها وفي ظل تنوع الانتماءات المذهبية كما هو الحال في المجتمع العراقي يصبح من

الضروري البحث في حدود هذا الاختلاف وإسائه وتوضيح الآثار الناتجة عنه على الصعيدين الشرعي والقانوني مع تجنب الخلط المفاهيمي ويمكن فهم الاختلاف المذهبي باعتباره تبايناً يحدث داخل الدين الواحد نتيجة الاجتهادات الفقهية وتتنوع طرق الاستنباط مما يؤدي إلى اختلاف في الأحكام التفصيلية دون التأثير على وحدة العقيدة ولذلك فإن لهذا الاختلاف محددات خاصة به ويمتد هذا التأصيل المنهجي لينعكس بصورة عملية على البنية الموضوعية لعقد الزواج من خلال بيان القواعد المنظمة لعقد الزواج من خلال استعراض الشروط المتعلقة بعقد الزواج وفقاً لكل مذهب وكذلك الولاية باعتبارها ركن أم شرط في عقد الزواج وعليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين سوف نتناول في المطلب الأول أساس الاختلاف المذهبي بينما في المطلب الثاني سنتطرق إلى القواعد المنظمة لعقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي .

المطلب الأول

أساس الاختلاف المذهبي

يقوم الاختلاف المذهبي في أساسه الشرعي على طبيعة النصوص الدينية ذاتها وخاصة النصوص التي تحتمل التأويل أما بالنسبة فيما يتعلق بالأساس القانوني للاختلاف المذهبي فيبرز في كيفية تعامل القوانين الوضعية ومنها القانون الأحوال الشخصية العراقي مع هذا الاختلاف وقد حرص المشرع على ضبط آثاره بما يضمن الاستقرار القانوني ويحافظ على وحدة النظام وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين سوف نتناول في الفرع الأول الأساس الشرعي للاختلاف المذهبي بينما سوف نتطرق في الفرع الثاني إلى الأساس القانوني للاختلاف المذهبي.

الفرع الأول

الأساس الشرعي للاختلاف المذهبي

يعتمد الفقه الإسلامي في تأكيده على صحة الزواج بين المسلمين مهما كانت مذاهبهم على عدة أسس شرعية مهمة وهذه الأسس تتشكل معاً نظاماً كاملاً يثبت أن الشريعة على اختلاف الاجتهادات إلا أنها كيان موحد أي أن الفقه الإسلامي يقرر أن الاختلاف المذهبي بين الزوجين لا يؤثر في صحة

العقد دام ان الطرفين داخل دائرة الاسلام⁽¹⁾ وعليه يقوم هذا المبدأ على عدة مرتكزات أساسية يمكن بينها على النحو الاتي :

1. وحدة الدين واختلاف الاجتهاد : أكدت العديد من الادلة الشرعية على ان هوية المسلم هو الاسلام وحده دون اعتبار لانتمائه المذهبي فقد ورد كالآتي :

أ. ومنها قوله تعالى (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ)⁽²⁾ وهو خطاب موجه للمؤمنين عامة ان يتزوجوا من لا شريك له من الرجال والنساء الاحرار فيكم وكذلك من الصالحين من عبيدكم ومماليكمم⁽³⁾. وقد بين المفسرون كالأمام القرطبي في كتابه⁽⁴⁾ وأشار اليه ابن كثير⁽⁵⁾ والرازي⁽⁶⁾ ان المقصود بالاية هو جواز تزويج الحرائر والصالحين من عبيدكم اي الذكور والاناث المؤمنين اي الزواج بالاماء والعبيد اذا كانوا صالحين ويجوز تزويجهم.

هذا الخطاب موجه الى المسلمين عامة دون تمييز مذهبي وان هذا النص جاء مطلقاً اي يجوز الزواج بين المسلمين دون اعتبار للمذهب .

كما يؤيد قوله تعالى (هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ)⁽⁷⁾ وهو خطاب النبي ابراهيم عليه افضل الصلاة والسلام سمي المسلمون انفسهم بهذا المعنى قبل ظهور النبي محمد صلى الله عليه واله وسلم وعليه فأن من يتبع النبي محمد يعد مسلماً ووجههم الله الى ما يمثل اعظم اركان الاسلام⁽⁸⁾. حيث اشار الطبري

(1) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، مصدر سابق، ص581_ص582.

(2) سورة النور، 32.

(3) تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، ج5، ط1، بيروت، 1994م، ص421.

(4) ابي عبد الله محمد بن احمد بن ابي بكر القرطبي، الجامع لاحكام القرآن، ج15، مؤسسة الرسالة، ط1، 2006، ص231.

(5) ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج6، دار طيبة للنشر و التوزيع، ط1، 1997م، ص51.

(6) الامام محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر، تفسير الفخر الرازي التفسير الكبير و مفاتيح الغيب، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، ج23، لبنان، ط1، 1981م، ص214.

(7) سورة الحج : 78.

(8) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ج3، لجنة التحقيق و البحث العلمي بدار الوفاء، بلا سنة نشر، ص641.

ان الله تعالى سمى اتباع الدين بالمسلمين من قبل ليكون النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلم شاهداً عليكم⁽¹⁾.

اي المعيار في الاحوال الشخصية هو الاسلام لا الانتماء المذهبي اي ان توحيد الانتماء الديني وعدم تجزئته الى مذاهب منفصلة اي يجمعهم الاسلام جميعاً وذلك لان الاختلاف في اصل الدين يكون مؤثراً ف يكون العقد باطلاً عند الاغلبية بينما الاختلاف في لمذاهب والاجتهاد فإنه غير مؤثر.

ب. عمل الصحابة : يعد التطبيق العملي في عهد الصحابة دليلاً واضحاً على عدم اشتراط وحدة المذهب في الزواج اذ تزوج المسلمون بعضهم البعض دون اشتراط وحدة المذهب .

كما كان على الرجل العربي ان يراعي عدة عوامل عند اختياره للزوجة مثل الحسب والنسب والاخلاق الحميدة لم يكن الجمال شيء مهم بالنسبة اليهم وحسبما اوصى اكرم بن صيفي قومه يجب الا تكون الاولوية لجمال المرأة دون النظر الى شرفها ووضوح نسبها⁽²⁾.

اي تزوج المسلمون بعضهم دون اشتراط وحدة المذهب رغم اختلافهم في مسائل الطلاق والفرائض والمواثيق.

ج. القاعدة الشرعية لا انكار في مسائل الاجتهاد: تعد هذه القاعدة من القواعد الشرعية المستقرة ومفادها انه لا يمكن لأحد ان يرفض رأي المجتهد او المقلد في الامور التي يجوز الاجتهاد فيها حتى وان افترض ان الشخص صحيح وذلك لعدم وجود يقين بشأنه والمسائل المتشابهة هي التي تقتصر الى دليل يلزم اتباعه بشكل قاطع.⁽³⁾ ويمكن ان نرى القضية تعرف اجتهادية او غير اجتهادية حسب وجود وجود تباين في اراء المجتهدين وهذا يعني ان القضايا التي لا يوجد فيها اختلاف ملحوظ بين المجتهدين لا تعتبر من مسائل الاجتهاد بالاضافة الى ذلك فإن المسائل التي لا تتضمن خلافاً يعتبر بين العلماء يمكن ان يعود اسبابها الى انها قائمة على ادلة قاطعة في الثبوت والدلالة.⁽⁴⁾ وقد وصل الامام البهوتي الى توضيح لهذه القاعدة بشكل اوضح حيث قال انه لا يوجد انكار في مواضيع

(1) تفسير الطبري، مصدر سابق، ص 346.

(2) حنان عيسى جاسم، الزواج و اثره على حياة العرب قبل الاسلام، جامعة تكريت، عدد13، مجلد 4، 2008، ص153.

(3) أ.د خالد تواتي، لا انكار في مسائل الخلاف و اثرها في الشريعة الاسلامية، مجلة الشهاب، عدد4، مجلد 6، 2020، ص153.

(4) أ.د قطب مصطفى سانو، لا انكار في مسائل الاجتهاد، دار ابن الحزم، ط1، بيروت، 2006م، ص30.

الاجتهاد على الشخص الذي اجتهد فيها او اتبع مجتهدا لان المجتهد قد يكون مصيبا او مثل المصيب (1) وان قوله هذا يشير الى حديث الصحيح الذي رواه البخاري حيث قال رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) (عندما يقوم الحاكم بالاجتهاد ويصيب يحصل على اجرين وان اخطأ فما زال له أجر واحد). (2)

وعليه ان هذه القاعدة الشريعة تدل على الاختلاف بين الفقهاء مقبول وبالتالي فان الاختلاف بين الزوجين مذهبيا لا يؤثر في حقوق او التزامات الزواج .

2. اعتبار المذاهب مدارس فقهية لا اديان مستقلة : أتفق الفقهاء على ان اختلاف المذاهب سببه اختلاف في مناهج الاستنباط وليس اختلافا في العقيدة الإسلامية فالشروط التي وضعتها الحنفية من اجل قبول الحديث الصحيح تختلف قليلا عن الشروط التي طلبها المالكية وكلاهما يختلف ايضا بعض الشيء عن متطلبات الشافعية والحنابلة بناء على هذا الاختلاف تتفاوت درجات الاحتجاج بالحديث وبنفس الشكل يختلف الفقهاء حول قيمة الاستحسان والمصلحة المرسله واقوال الصحابة وغير ذلك من الادلة.(3) وبناء على ذلك فأن لكل المسلم من اي مذهب يحكم له بالإسلام يصح زواجه من المسلم الاخر كما ذكرنا سابقا لان معيار الكفاءة عن المذاهب الإسلامية يقوم على اساس الدين فالمسلمون جميعا تجمعهم ملة واحدة وتثبت بينهم احكام الزواج والتوارث اما من اظهر العداء لأهل البيت عليهم السلام او اعتنق مذهبيا يقوم على العداوة فلا يصح زواجه(4).

وعليه فانه يجوز زواج المسلم الجعفري مع غيره من المسلمين دام ان الطرف الاخر مسلما لان العبرة بالإسلام لا بالانتماء المذهبي .

3. قاعدة حرمة التفريق بين الزوجين بغير حق : ينظر الاسلام الى الزواج هو اكثر من مجرد اتفاق قانوني فهو علامة من علامات الله التي اختارها لعباده لكي تستمر الحياة وتوفر الراحة للنفس مع شريك يرافقها في تحديات الحياة وعليه نجد ان الزواج في الاسلام يعد نظرية شاملة اكتملت قبل ظهور

(1) أ.د قطب مصطفى سانو، المصدر اعلاه، ص 84.

(2) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة للبخاري على الموقع <https://isla.mw/a1aqs> تمت زيارة بتاريخ 18/12/2025 الوقت 10:56 صباحا .

(3) د. محمد شافعي مفتاح بوشية، الخلاف الفقهي تعريفه و انواعه و اسبابه، محاضرة مقدمة من خلال بوابة الاحداث العلمية، 2022، ص7.

(4) محمد محسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، مصدر سابق، ص177.

القوانين الحديثة التي نظمت العلاقة بين الرجل والمرأة وتتميز بالشمولية والسهولة والتنظيم.⁽¹⁾ و تبرز اهمية تنظيم شؤون الاسرة باعتبارها اساس حضارته وتناسقها لذا فان الاهتمام بتنظيم الاسرة يعد هدفا لكل الشرائع الإسلامية وكان هذا الامر من اولى اهتمامات التي تناولها الانسان المتحضر عند وضع اسس مدنيته....⁽²⁾

كما ان الشريعة الإسلامية قد اولت اهتماما كبيرا للحياة الانسانية بشكل شامل ولكن كان تركيزها على الحياة الاسرية هو الاكثر وضوحا وهذا يتضح من التفاصيل المتعلقة بهذا المجال حيث لا يوجد مجالات اخرى تتلقى هذا القدر من التفصيل في الحياة الاجتماعية وهذا يدل على الاهمية البالغة التي توليها الشريعة الإسلامية للأسرة اذ انه اذا تم ترك الامور للاجتهادات العقلية في التفاصيل فان الاخطاء المحتملة قد تؤدي الى اضرار جسيمة في المجتمع⁽³⁾. واعتبرت الشريعة الإسلامية ان صحة العلاقة بين الزوجين من اهم عوامل سعادة الحياة ويقول الرسول: (صلى الله عليه واله وسلم) ("من سعادة الانسان ثلاثة اشياء ومن شقائه ايضا ثلاثة المرأة الصالحة, المسكن المناسب, والمركب الجيد اما الابعاد المشؤومة فتتمثل في المرأة السيئة, المسكن السيء, المركب السيء")⁽⁴⁾. ومن مقاصد الشريعة هو التكاثر والتناسل يهدف الى الحفاظ على النوع البشري ومساعدة الافراد في بناء الارض ويجب توفير بيئة جيدة لرعاية النسل وتنشئتهم بشكل صحيح لان الهدف هو العناية بالنسل وتربيته بشكل صحيح وهذا يتطلب التعاون بين الابوين معا لتحمل مسؤولية ابنائهم وفقا لما يتماشى مع احكام الدين ويمكن للزوجين ان يحققا السكن والمودة.⁽⁵⁾ والزواج يعتبر اساسا في بناء الاسرة في الاسلام يؤكد القران الكريم على قيمته بوصفه ميثاقا عظيما يجب ان يكون الزواج متوافقا

(1) د. رمضان معتوق رمضان المريمي, المقاصد الشرعية للزواج في الاسلام, المجلة الليبية للدراسات الاكاديمية المعاصرة, عدد1, مجلد 3, 2025, ص38.

(2) الشيخ محمد الطاهر بن عاشور, مقاصد الشريعة الاسلامية , دار النفائس, ط2, الاردن, 2001م, ص 430.

(3) د. عبد المجيد النجار, مقاصد الشريعة في احكام الاسرة على الرابط:

<https://islamonline.net/archive/> تمت الزيارة بتاريخ 18/12/2025 الوقت 11: 20 مساء .

(4) د. خالد بن عيد بن عواض العتيبي, دور مقاصد الشريعة الاسلامية في بناء الاسرة المسلمة, مجلة الجامعة العراقية, العدد 53, ج1, بلا مجلد, بلا سنة نشر, ص166.

(5) أ. م . د رنا صميم صديق, مقاصد الشريعة و دورها في بناء الاسرة, مجلة الجامعة العراقية, عدد49, بلا مجلد, ج3, بلا سنة نشر, ص200.

مع احكام الشريعة كما انه يشجع على اختيار الشريك على اساس الدين والاخلاق وتبرز الشريعة اهمية الحفاظ على الروابط الاسرية وتعزيز المحبة والتعاون بين افراد الاسرة.⁽¹⁾

وعليه فأن من مقاصد الشريعة الإسلامية هو المحافظة على الاسرة فلا يجوز ابطال الزواج للاختلاف المذهبي لان ذلك يناقض مبدأ وحدة الامة ومقصد بقاء الاسرة .

ونرى ان الاختلاف في المذهب بين الزوجين لا يؤثر في صحة عقد الزواج او على اثاره الدينية طالما ان الطرفين ينتميان الى الاسلام فالمذاهب الفقهية تعتبر مجرد مدارس اجتهادية تساعد في تنظيم الفهم والاستنباط وليست اديان مستقلة وان استخدام الاختلاف المذهبي كمعيار لتقييم صحة الزواج يعد توسعا غير مبرر ويتعارض مع طبيعة الزواج بالإضافة الى ذلك ان هذا الامر لا يتماشى مع المنهج العام للفقهاء الاسلامي الذي يقبل وجود اراء متعددة ضمن اطار الدين الواحد .

الفرع الثاني

الاساس القانوني للاختلاف المذهبي

ان تنظيم مسألة الاختلاف المذهبي بين الزوجين في القوانين الوضعية لم يكن عرضيا او استثنائيا بل جاء نتيجة طبيعية للتنوع المذهبي القائم في المجتمعات الإسلامية بما في ذلك العراق وقد تعامل المشرع العراقي مع هذا الاختلاف بطريقة قانونية تمكن من تحقيق التوازن بين احكام الشريعة ومتطلبات استقرار الاسرة دون ان يجعل الانتماء المذهبي عائقا امام صحة عقد الزواج .

1. الاساس التشريعي العراقي :

أ. المادة (1/ ف2) من قانون الاحوال الشخصية العراقي: اتبع قانون الاحوال الشخصية العراقي اتباع منهجا موحدا في تنظيم العلاقات الاسرية حيث كانت الاسرة المسلمة كتلة واحدة مهما كانت الاختلافات داخلها ويتضح هذا المبدأ في المادة (1/ الفقرة 2) من هذا القانون التي نصت على ان الاحكام تستمد من الشريعة الإسلامية ومصادر الفقه الاسلامي باستثناء ما يتعارض مع العدالة الاجتماعية وروح العصر .

ويلاحظ عند استعراض نصوص القانون ولاسيما التي تتعلق بالطلاق نجد ان المشرع يسعى للحفاظ على الحياة الزوجية قدر الامكان دون اللجوء الى الطلاق اذا قدمت قضية طلاق الى القاضي وواجه عدة اراء فقهية مختلفة فانه يأخذ بالرأي الاكثر توافقا مع نصوص القانون وهذه المادة تؤكد

(1) سنار سوار سوار, دور الشريعة الإسلامية في تنظيم الاسرة و العلاقات الاسرية, مصدر سابق, ص1030.

اهمية الابتعاد عن التقييد بمذهب معين⁽¹⁾. ويعزز هذا الاتجاه استخدام مصطلح مبادئ الشريعة في مجموعة من القوانين حيث انه تم ذكره في نص القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بالتحديد في المادة (1) الفقرة (2) وهذا النص استمد من المادة (1) الفقرة (2) من الباب التمهيدي الفصل الاول من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 مع اضافة عبارة دون التقييد بمذهب معين .⁽²⁾ وعند مراجعة الدساتير العراقية نجد انها تشير الى قاعدة عامة تؤكد ان الاسلام هو دين الدول وقد تم تعزيز هذا المبدأ بعد انهيار النظام السابق وذلك من خلال قانون ادارة الدولة العراقية الانتقالي لعام 2004 حيث نص في المادة 7 منه (على ان الاسلام هو الدين الرسمي للدولة ومصدر للتشريع ولا يمكن ان يتعارض اي قانون خلال المرحلة الانتقالية مع المبادئ الإسلامية المتفق عليها) وهذا القانون يحترم الهوية الإسلامية لأغلبية الشعب العراقي وحرية الدين كما اكد هذا المبدأ في دستور العراقي لعام 2005 الذي اشار في المادة 2 / اولا على (" ان الاسلام هو دين الدولة الرسمي")⁽³⁾

ويبدو واضحاً ان التشريعات العربية لم تفضل مذهباً فقهيّاً على آخر بل اتاحت الاستفادة من مختلف المذاهب الإسلامية وعليه فإن اختلاف المذهب بين الزوجين لا يكون عائقاً لبطلان عقد الزواج وانه ايضا عند تنظيمها لعقد الزواج اشترطت في قانون الاحوال الشخصية العراقي توفر الاهلية القانونية والرضا الصحيح بين الطرفين بالاضافة الى استيفاء جميع الشروط الشرعية المتفق عليها فقهيّاً وان القانون لم يتضمن اي قاعدة تفرض اتحاد المذهب بين الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة

-
- (1) أ.م.د. فاروق عبد الله الكريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، السليمانية، 2004م، ص16.
- (2) فايز محمد حسين محمد، اثر مشروع السنيهوري في القوانين المدنية العربية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، العدد 2، بلا مجلد، 2014، ص50 .
- (3) د. حيدر حسين كاظم الشمري، قانون الاحوال الشخصية العراقي بين المقتضى و المبتغى و البديل، مصدر سابق، ص211. و عند المقارنة بالقوانين المقارنة نجد ان المشرع المصري ينظر الى قانون تنظيم بعض اوضاع و اجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية يذكر في نصوصه في المادة (3/ ف1) من قانون تنظيم بعض اوضاع و اجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية رقم (1) لسنة 2000 ان الاحكام تصدر وفق لقوانين الاحوال الشخصية المعمول بها و يعمل فيما لم يرد نص بشأنها في نصوص تلك القوانين بأكثر الآراء قبولاً وفق مذهب ابي حنيفة حيث يمكن ملاحظة ان المشرع المصري لم يستخدم مصطلح الشريعة او مبادئ الشريعة في هذا النص و لم يعتبرها مصدراً في حالة غياب النصوص في القوانين المذكورة و اختار الاعتماد على الرأي الاكثر قبولاً من مذهب ابي حنيفة.

7 من قانون الاحوال الشخصية العراقي (" يشترط في تمام الاهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشر (" ⁽¹⁾ . وانه لم يذكر اي قيد يتعلق بالاتفاق المذهبي .

ب. **القضاء العراقي:** استقر قضاء محكمة التمييز ان الزواج بين المسلمين يدخل في ولاية القضاء المختص بغض النظر عن المذهب وتطبق احكام المذهب المناسب في المسائل التفصيلية دون المساس بصحة الزواج حيث ورد في المادة (1) الفقرة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية ⁽²⁾ فأنا نجد ان المحكمة اذا اختارت اتباع رأي الفقه فيحق لها اختيار اجزاء من الآراء وتعديلها بما تراه مناسباً ومتوافقاً مع نصوص الاحوال الشخصية اي ان القانون اجاز للقاضي الرجوع الى احكام الفقه واختيار بما يراه مناسباً وهذا ما يطلق عليه الباحثين بالإحالة ⁽³⁾ كما يلتزم القاضي بأدلة الاثبات التي حددها قانون الاثبات العراقي في المادة 12 منه ⁽⁴⁾ ويستند الى العرف في بعض مسائل الاحوال الشخصية ومنها الحكم بصحة عقد الزواج المبرم بالألفاظ العامة ⁽⁵⁾ . وقد اكد القضاء العراقي في الرجوع في احكامه في حالة عدم وجود نص في القانون الى الفقه الاسلامي دون التقييد بمذهب معين وكذلك اكدت المحكمة العليا في مصر بأنه يجب الرجوع الى احكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يتضمنه القانون ووضحت ان القانون رقم 1 لسنة 2000 لم يناقش حق الزوج في انتهاء عقد الزواج بسبب عيوب دائمة في الزوجة او بسبب الغش او التلاعب وأشارت المحكمة ان المرجع في هذه الامور

(1) أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي و أ.م. د نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 و تعديلاته، مكتبة دار السلام، ط1، 2015 م، ص52.

(2) المادة (1) الفقرة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية المعدل رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(3) الاحالة هو انتقال القاضي الى الفقه الاسلامي بناء على رغبة للتوصل لحكم في مسألة معينة لا يوجد فيها نص قانوني يحكمها ، د. حيدر حسين الشمري و د. صفاء متعب فجه و م.م وليد طارق عزيز، مبدا الاحالة الى الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالتشريعات العربية، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، جامعة القادسية، كلية القانون، عدد2، مجلد 11، 2020، ص7.

(4) شلال ناجي عبيد، سلطة القاضي التقديرية في قانون الاثبات العراقي دراسة مقارنة، مجلة الجامعة العراقية، عدد2، مجلد 72، 2025، ص549.

(5) د. حيدر حسين الشمري و م. فراس جبار كريم الروانق، دور العرف في مسائل الاحوال الشخصية، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون، جامعة اهل البيت (عليهم السلام)، بلا سنة نشر، ص3 المنشور عبر الرابط <https://abu.edu.iq/index.php/research/articles/83441> .

يجب ان يكون ارجح اراء مذهب ابي حنيفة ⁽¹⁾ وبعد النظر موقف القضاء في العراق وفي الانظمة القضائية الاخرى نجد انه يتبع ما قرره المشرع حيث اكد القضاء العراقي على مبدأ حرية القاضي في الحكم دون الالتزام بمذهب معين وهذا يظهر في العديد من القرارات والاحكام سواء كان ذلك وفق المذهب الامامي او الحنفي او الحنبلي وغيرها من المذاهب الإسلامية المعروفة حيث اوضحت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها يجب على المحكمة ان تاخذ بعين الاعتبار الاحكام الشرعية والفقهية التي يتبعها الاطراف ⁽²⁾.

ونلاحظ ايضا اعتماد القضاء على الفقه الاسلامي في القرار التمييزي الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية والذي ينص ("اذ ان الطلاق تم بغياب الزوجة وان المحكمة لم تتأكد من كونها في طهر وان الزوج غائب عنها وهل هي حامل ومتى تنتهي عدتها لان كل هذه الامور تؤثر في صحة الطلاق من عدمه لذلك قرر نقض الحكم") ⁽³⁾.

حيث نرى بوضوح ان القرار الصادر من محكمة التمييز حيث تم نقض قرار محكمة الموضوع لانه لم تأخذ بنظر الاعتبار الاحكام الفقهية المتبعة من قبل الطرفين حيث يشترط في صحة الطلاق شروط ومن اهمها ان تكون الزوجة في حالة طهر .

وأيضاً ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في (" عدم أستحقاق الزوجة للمهر المؤجل وذلك لعدم حصول الدخول الحقيقي بين الزوجين") ⁽⁴⁾ اذ انها قضت وفق المذهب الامامي الذي يتطلب لاستحقاق الزوجة المهر المؤجل الدخول الحقيقي اما الخلوة او الدخول الحكمي فانه لا يترتب عليه أستحقاق المرأة شيء من المهر .

(1) قرار محكمة العليا المصرية الصادر بتاريخ 2016/4/9 قرار منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/65510>

تمت زيارته بتاريخ 2025/12/20 الوقت 12:27 .

(2) قاسم حياوي سلمان حافظ، الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة كربلاء، 2024، ص52.

(3) قرار محكمة الاحوال الشخصية / الصادر 1097 /الطلاق بغياب الزوجة / 1981 بتاريخ 1981/9/20 نقلا عن : قحطان يوسف ناصر، التنظيم القانوني للفتوى الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كربلاء، 2025، ص 105.

(4) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد 4798 بتاريخ 2022/3/22 .

و كذلك ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية (" بصحة الطلاق الذي يحدث عبر مواقع التواصل الاجتماعي فيكون صحيحاً وفق المذهب الذي يتبعه الطرفان ")⁽¹⁾ وهي بذلك قضت وفق المذهب الحنفي الذي لا يتطلب لصحة الطلاق وجود مجلس عقد او شاهدي عدل .

و أيضاً ما قضت به محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية (" بعدم وقوع الطلاق الذي يحدث عبر مواقع التواصل الاجتماعي (الواتساب) وذلك لمخالفته احكام الفقه الذي يتبعه الطرفان والذي يتطلب وجود شاهدي عدل مع الزوج في مجلس واحد عند حدوث الطلاق)⁽²⁾ وهي بذلك قضت وفق المذهب الامامي (الجعفري) الذي يتطلب وجود شاهدي عدل مع الزوج لصحة الطلاق .

توافق القضاء العراقي وبالأخص محكمة التمييز الاتحادية مع الاتجاه التشريعي السابق ذكره حيث رأت المحكمة ان الزواج بين المختلفين مذهبياً جائز وذلك لان العبرة بالإسلام والانتماء الديني وليس المذهب وفي حالة حصول خلاف او نزاع بين الطرفين فأن القاضي يتبع احكام المذهب الذي يتمسك به الاطراف او المذهب الذي يحقق العدالة دون ان يؤثر ذلك في صحة عقد الزواج وهذا يعني ان الاختلاف المذهبي يؤخذ بنظر الاعتبار في مرحلة الحكم ايضاً وليس في مرحلة ابرام العقد .

2. الاساس في المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 :
اعتمدت المدونة على فقه اهل البيت عليهم السلام كمصدر اساس لكنها لم تشترط اتحاد مذهب بين الزوجين وتعتبر الاسلام هو معيار صحة العقد وبالتالي ان الزواج بين الجعفري وغير الجعفري جائز ويتطلب العودة الى مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري لابد من وجود سند قانوني وهذا السند هو تقديم طلب للحصول على حجة اختيار الاطراف لهذا القانون ليطبق على قضاياهم⁽³⁾ حيث يتم اصدار عقد الزواج مصدقاً من المحكمة مع ذكر عبارة تدل على المذهب الجعفري .

بينما بالنسبة للعقود التي ابرمت قبل صدور هذا القانون⁽⁴⁾ اجاز المشرع الحق للطرفين او لاحدهما تقديم طلب لاختيار تطبيق قانون الفقه الجعفري على اثار الزواج وتستند المحكمة في بعض القرارات القضائية ذكر عبارة استحقاق المهر عند المطالبة والميسرة فتقوم المحكمة باصدار حجة

(1) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد 7707 بتاريخ 2023/5/23 .

(2) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية الصادر بالعدد 7017/ش / 2023 بتاريخ 2023/12/27 .

(3) حجة اختيار المذهب الجعفري هي طلب يقدم الى المحكمة و يدخل تحت موضوع الاوامر على العرائض حسب المواد (150 , 151 , 152 , 153) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل .

(4) المادة (2/3أ) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2025 .

اختيار قانون رقم 1 لسنة 2025 و هذا ما أورده المشرع بالفقرة (أ) من المادة (3) التي عالجت عقود الزواج المبرمة قبل تشريع تعديل قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها (..... وبالنسبة إلى عقود الزواج التي أبرمت وسجلت قبل نفاذ هذا القانون يحق لكل من طرفيها كاملي الاهلية تقديم طلب إلى محكمة الأحوال الشخصية لتطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في المذهب الشيعي الجعفري اذا كان العقد وقع على وفق هذا المذهب ويستدل على ذلك بتضمنه إستحقاق المهر المؤجل عند المطالبة والميسرة). ⁽¹⁾ وعند ورود قضية تتعلق بالأحوال الشخصية التي يطبق عليها مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري تقوم المحكمة بالتواصل مع المجلس العلمي في الديوان الشيعي للحصول على الحكم الشرعي الخاص بالقضية المعروضة ⁽²⁾ كمثال على ذلك القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية ("لدى عطف النظر على القرار التمييزي وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون لان مدونة الاحكام الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية وفق المذهب الجعفري لم تتضمن احكام تفصيلية تحكم الحالة المعروضة مما يقتضي على المحكمة مفاتحة المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي لبيان الرأي الشرعي بخصوص الدعوى") ⁽³⁾ ويفهم من ذلك ان المدونة تطبق على المسلمين بغض النظر عن اختلافهم المذهبي استنادا الى احكام المادة (41) من الدستور وتنفيذا لاحكام المادة (2/3/د) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2025 تم وضع المدونة ⁽⁴⁾ .

وان المدونة الجعفرية رغم من اعتمادها على فقه اهل البيت عليهم السلام كمصدر رئيسي في احكامها الا انها لم تشترط ان يتحد المذهب بين الزوجين بل جعلت الاسلام هو المعيار لسلامة عقد الزواج تماشياً مع الرأي السائد في الفقه الجعفري وهو سماحة المرجع الاعلى السيد علي السيستاني دام الله ظله عليه فان الزواج بين المختلفين مذهبياً جائز وان المدونة لم تفصل بين المذهب الجعفري وبقية المذاهب الإسلامية وهذا ما اكدته المادة (2/3/ب) ⁽⁵⁾ حيث اشار لكل مسلم ومسلمة تقديم الطلب للمحكمة لتطبق عليه الاحكام الشرعية وفق المذهب الجعفري .

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 17 / الهيئة العامة / 2025 غير منشور .

(2) المادة (2 / 3/ز) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2025.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 14719/شخصية /2025، بتاريخ 2025/10/22 (غير منشور).

(4) مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025.

(5) المادة (2/3/ب) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2025.

و نرى ان موقف القانون العراقي سواء في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل او في المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري يعكس فهما تشريعيا للمجتمع العراقي وتنوعه المذهبي ولقد تعامل المشرع مع التنوع المذهبي كحقيقة اجتماعية لا ينبغي ان تؤدي الى الغاء العقود او تهديد استقرار الاسرة وان المشرع اتخذ خطوة صائبة حين اعتبر ان الاسلام معيار لصحة الزواج ومنح القاضي اختيار الرأي الفقهي الاكثر ملائمة لنصوص القانون وانه بذلك يتجنب اثار الخلافات الفقهية التي تؤثر في جوهر العلاقة الزوجية وقد نجح المشرع العراقي سواء في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل او في المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري في تأسيس قاعدة ان الاسلام هو المعيار الرئيسي لصحة الزواج دون ضرورة توافق المذهب بين الزوجين وهذا يتماشى مع الاتجاه التشريعي السائد في الفقه الاسلامي .

المطلب الثاني

القواعد المنظمة لانعقاد عقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي

تعد القواعد المنظمة لانعقاد عقد الزواج من الموضوعات الاساسية في الفقه الاسلامي والقانون اذ ان تنظيم العلاقة الزوجية لا يقتصر فقط على العناصر الاساسية للعقد وانما يمتد ايضا ليشمل الشروط واحكام اضافية تؤثر في صحة العقد وتنفيذه وتمثل الشروط المتعلقة بعقد الزواج اطاراً لتنظيم ارادة الاطراف ضمن ضوابط المعتمدة شرعاً وقانوناً وتختلف المدارس الفقهية في تصنيف بعض الشروط واثار عدم تحققها وتظهر مسألة الولاية في هذا السياق باعتبارها اكثر المسائل جدلاً بين المذاهب خصوصاً عند اختلاف المذهب بين طرفي العقد ولتسليط الضوء على النقاط سابقة الذكر وزعنا الكلام فيه فرعين سنتطرق في الفرع الاول اثر الاختلاف المذهبي بين الزوجين في الشروط العامة المتعلقة بعقد الزواج وفي الفرع الثاني سنتناول الولاية في عقد الزواج وأثر الاختلاف المذهبي فيها.

الفرع الاول

الشروط العامة المقتزنة بعقد الزواج وفقاً للاختلاف المذهبي

يتسع عقد الزواج في الفقه الاسلامي حيث انه لا يقتصر على مجرد الايجاب والقبول وانما يشمل امكانية ادراج شروط يتفق عليها المتعاقدين بما يحقق مصلحة كل منهم ومن هنا تبرز مسألة

الاختلاف المذهبي اذ تتباين المدارس الفقهية في مدى اقرار هذه الشروط وجزاء الاخلال بها وان هذا الامر هو الذي يؤدي اختلاف واضح في نطاق الحرية التعاقدية بين المذاهب .

ويأتي المذهب الجعفري (الامامية) في مقدمة المذاهب التي تناولت هذه المسألة اذ يعترف بأصل مشروعية الشروط في عقد الزواج استناداً الى قاعدة المسلمين عند شروطهم والى قوله تعالى {وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً} ⁽¹⁾ غير ان هذا الاعتراف لا يعني اطلاق الاثر القانوني للشرط دون قيد وانما يولي الفقه الجعفري اهمية كبيرة لطبيعة الشرط وصياغته والاثار المترتبة عليه فهو يجيز ادراج الشروط الاختيارية التي لا تخالف حكماً شرعياً ويقر بأثارها الملزمة ومن ابرز تطبيقاته انه اجاز اشتراط الوكالة في الطلاق ⁽²⁾ بحيث يمنح الزوجة صلاحية انتهاء الزواج عند تحقق ظروف معينة تم الاتفاق عليها مقدماً كالغياب الطويل او الامتناع عن النفقة فيكون الشرط التزاماً نافذاً تترتب عليه اثار ⁽³⁾ .

وعليه فإن الفقه الجعفري اجاز الوكالة الا انه لا يجيز اشتراط الخيار في عقد الزواج سواء أكان دائماً أم مؤقتاً للزوج او الزوجة ويعد هذا الشرط باطلاً مع بقاء العقد صحيحاً وقد ورد هذا الاتجاه في كتاب منهاج الصالحين للسيد السيستاني حيث نص على بطلان شرط الخيار مع صحة العقد مع استثناء حالة تخلف صفة مشروطة كالبراءة اذ يثبت عندئذ حق الفسخ لتخلف الوصف ⁽⁴⁾

وبذلك يتضح ان المذهب الجعفري يوازن بين الالتزام الشرعي بالشروط وبين الحفاظ على الحياة الاسرية فيميز بين الاثم الشرعي وبين الاثر القانوني المتمثل بالفسخ والبطلان فلا يجعل كل مخالفة سبباً مباشراً لانحلال العقد .

اما المذهب الحنبلي يعد هذا المذهب الأوسع في هذا المجال اذ يقرر ان الاصل في العقود والشروط الاباحة مالم يتعارض مع نص شرعي صريح او اجماع او قياس معتبر ⁽⁵⁾ حيث يكون الشرط

(1) سورة الاسراء : الآية (34) .

(2) محمد محسن النجفي , جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام , ج33 , مؤسسة النشر الاسلامي , ط1 , قم , 1433هـ , ص 47 . و محمد عبد الواحد مهدي, الوكالة في عقد الزواج و الطلاق بين الفقه و القانون, بحث منشور, جامعة ديالى, 2017م, ص 22.

(3) محمد جواد مغنية, الزواج و الطلاق على المذاهب الخمسة, دار السلام , ط4, بغداد, 2023م, ص 26 .

(4) السيد علي الحسيني السيستاني, منهاج الصالحين, ج1, مسألة 49, مصدر سابق, ص 22.

(5) محمد ابو زهرة, الاحوال الشخصية, دار الفكر العربي, ط3, 1957 م, ص 159.

الشرط المناسب لمقتضى العقد صحيحاً مثل تمكين المرأة زوجها فأن هذا الشرط يعتبر كأنه موجود لأنه من مقتضى العقد كما يعد الشرط الذي فيه مصلحة (ملائم للعقد) صحيحاً أيضاً وإيضاً يسمح الحنابلة بالشروط التي تتعلق بمنفعة مباحة ⁽¹⁾ بينما الشروط الأخرى باطلة عندهم بالتفصيل ⁽²⁾.

وفي المقابل يرى المذهب الحنفي أن الشروط التي لا تتماشى مع مقاصد الزواج التي وضعتها الشريعة الإسلامية باطلة لكنها لا تبطل عقد الزواج أو تؤثر في صحته ما لم يكن الشرط ممنوع بنص صريح فإنه يبطل الشرط وعقد النكاح في هذه الحالة ⁽³⁾. بينما المذهب الشافعي فإنه قال بمثل ما قال به فقهاء الحنفية حيث أكدوا أن الشروط التي تتعارض مع العقد باطلة ولا يؤثر البطلان على عقد الزواج إلا أن الشروط التي تتعارض مع الأهداف الأساسية للزواج التي ذكرتها الشريعة باطلة وتبطل العقد أيضاً ⁽⁴⁾.

أما المذهب المالكي فيعتقد بأن الشروط التي تتعارض مع النصوص تخالف مقتضى العقد باطلة مع السماح بشرط المنفعة الصغيرة وبالتالي يكون مذهب المالكية أوسع من مذهب الشافعية والحنفية قليلاً أما بالنسبة لبطلان عقد الزواج فإنهم يميزون بين الحالة التي ترفع فيها القضية للقضاء قبل الدخول فإنه يؤدي إلى بطلان الشرط والعقد معاً أما إذا رفع الأمر للقضاء بعد الدخول فهذا يعني أن الشرط فقط يبطل ويعتبرون عقد الزواج صحيحاً ⁽⁵⁾.

(1) صالح بن محمد بن أحمد، أحكام الشروط المقترنة بعقد النكاح واثارها، دار البر، الامارات العربية، ط1، 2024م، ص 45 وما بعدها

(2) يرون أن ما - كان عائداً منها إلى معنى زائد عن العقد كالشروط التي تخالف مقتضى العقد ينبغي أن لا تكون مؤثرة في بطلان العقد نفسه، وما كان عائداً إلى معنى موجود في العقد نفسه، والذي يشكل خلافاً للعقد نفسه، فيكون بذلك باطلاً أركان حيدر عمر ، أحكام الزواج المشروط والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك ، المجلد (١٣) العدد (٤٦) . ٢٠٢٣ ، ص ٤٤٤

(3) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، مصدر سابق، ص 604.

(4) د. محمد عبد الرحمن محمد الضويني، الشروط المقترنة بعقد النكاح و تطبيقاتها (دراسة تأصيلية و تحليلية في ضوء قانون الأحوال الشخصية)، معهد دبي القضائي، الامارات العربية، ط1، 2013م، ص 43.

(5) حسام الدين سلمان رجب، التنظيم القانوني لفسخ عقد الزواج ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة البصرة البصرة ، 2024 م ، ص 65.

حيث ان المذاهب الحنفية والشافعية والمالكية تتخذ موقفا اكثر تحفظا اذ تميز بين الشروط التي تتماشى مع طبيعة عقد الزواج كاشتراط تحديد النفقة او مكان السكن فتعدها صحيحة وملزمة⁽¹⁾ وبين الشروط التي تمس جوهر الحقوق الزوجية او تمنع امرا أباحه الشرع كأشتراط عدم الزواج بأخرى او عدم السفر بالزوجة فتعد هذه الشروط غير صحيحة⁽²⁾ وفي هذه الحالة يبقى العقد صحيحا ويبطل الشرط وحده فلا يترتب على مخالفته اثر يجيز الفسخ تلقائيا وانما يسقط الشرط ويبقى العقد صحيحاً⁽³⁾.

لذا فإن صياغة الشروط في ظل الاختلاف المذهبي يجعل الصياغة حاسمة فالمذهب الذي لا يرى فسخ العقد بمجرد مخالفة الشرط قد يرى منح تعويض مادي او تطليق للضرر كالهجر فالحنفية والشافعية لا يرونها سببا للفسخ بينما الحنابلة ترى جواز التفريق للغيبة ألا اذا كان هنالك عذر اذا تم صياغته بعبارات دقيقة⁽⁴⁾.

ونرى أن الاختلاف الفقهي بشأن الشروط المتعلقة بعقد الزواج لا يتعلق بأصل مشروعيته اذ أن جميع المذاهب تتفق تقريبا على جواز اضافة شروط التي تحقق فائدة مشروعة للمتعاقدين وأنما ينصب الخلاف على مدى أزمائتها ويظهر ذلك في أن المذهب الجعفري والحنبلي يمنحان مجالا واسعا لحرية الارادة في تنظيم العلاقة الزوجية مقارنة ببقية المذاهب الاخرى .

اما بالنسبة لموقف التشريعات فينظم قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل الشروط المقترنة بعقد الزواج في المادة (6)⁽⁵⁾ وأشار اليها المشرع في الفقرتين الثالثة والرابعة (3- الشروط المشروعة التي تشترط في عقد الزواج معتبرة ويجب الوفاء بها .4- للزوجة طلب الفسخ عند عدم ايفاء الزوج بما أشتراط ضمن عقد الزواج) .

وان المشرع اورد هذه المادة على سبيل العموم دون بيان ماهية هذه الشروط وهذا يعني الرجوع الى الفقه الاسلامي على الرغم من ان عقد الزواج من الامور المحببة الى الله سبحانه وتعالى وميثاقا

(1) حسام الدين سلمان رجب، المصدر السابق، ص 68.

(2) ابي اسحاق الشاطبي، الموافقات، ج2، منشورات البشير، ط1، 2017 م، ص 622-ص 623.

(3) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص 25.

(4) نذير سعاد، التطلاق في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 2013 م، ص 18 .

(5) المادة (6 / ف 3/ ف 4) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

عظيماً إلا أن قانون الأحوال الشخصية يسمح بالفسخ والتفريق دون الأخذ في الاعتبار للتوجيهات الشرعية⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المشرع في قانون الأحوال الشخصية أشار إلى حكم الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج أي الإخلال الصادر من الزوج وكانت الزوجة هي المشترطة في عقد الزواج فأجاز لها الخيار بين طلب تنفيذه أو طلب الفسخ فكيف لو كانت الحالة بالعكس وأخلت الزوجة بما اشترطه الزوج؟ فليس له إلا أن يطلب تنفيذ الشروط وفي حالة عدم الوفاء فلا يكون أمامه إلا الاستمرار في الحياة الزوجية أو أيقاع الطلاق بحقها وبهذا يكون الزوج يتحمل أعباء إضافية هو في غنى عنها⁽²⁾.

أما بالنسبة للمدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فقد أجازت في المادة (6)⁽³⁾ أن يشترط في عقد الزواج أي شرط سواء أكان فعلاً أو تركاً ويجب على الطرف المشروط عليه الالتزام بذلك الشرط ومع ذلك لم تنص المدونة على حق المشترط في إنهاء عقد الزواج عند عدم الالتزام به وبالتالي يكون أمامه فقط اللجوء إلى المحكمة في المطالبة بتنفيذ الشرط.

أما في المادة (7)⁽⁴⁾ من المدونة فقد أوضحت أنه لا يمكن اشتراط الخيار في عقد الزواج بشكل عام إلا إذا كان الاشتراط متعلقاً بوجود صفة الكمال في أحد الطرفين فإن هذا يمنح الطرف الآخر طلب الفسخ كما أن المدونة توسعت في مناقشة الشروط المقترنة بعقد الزواج فقد سمحت في المادة (8)⁽⁵⁾ للزوجة بأن تشترط أن تكون وكيلة عن زوجها في تطليق نفسها سواء أكان ذلك بشكل مطلق أم

(1) أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري، أحكام الزواج والطلاق و آثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص 64.

(2) أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري، أحكام الزواج والطلاق و آثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، المصدر اعلاه، ص 66.

(3) المادة (6) من مدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على أنه ("المادة ٦- يجوز أن يشترط في عقد الزواج كل فعل أو ترك مشروع، ويجب على المشروط عليه الوفاء به، لكن تخلفه أو تعذره لا يوجب الخيار - أي حق الفسخ - للمشروط له، ولكن يجوز له اللجوء إلى القضاء لإجبار المتخلف على الوفاء به")

(4) المادة (7) من مدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على أنه ("الايصح اشتراط الخيار في عقد الزواج مطلقاً ولكن إذا اشترط فيه وجود صفة كمال - كالبركة في المرأة - أو الخلو من عيب - كالإصابة بمرض مزمن - ثم ظهر التخلف عنه يجوز للطرف الآخر فسخ العقد.")

(5) المادة (8) من مدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على أنه ("أولاً: يجوز أن تشترط المرأة أن تكون هي - مثلاً - وكيلة عن الزوج في طلاق نفسها مطلقاً أو في حالات معينة

أم في بعض الحالات . بينما تتناول المادة (9) ⁽¹⁾ من المدونة بعض الشروط التي يجب ان تؤخذ بعين الاعتبار لكنها لا تؤدي الى آثار قانونية في حال عدم القيام بها كما تجب على الزوجة شرط عدم زواج الزوج عليها عند عقد الزواج ويجب على الزوج الالتزام بذلك ومع ذلك اذا تزوج مرة اخرى لا يعتبر زواجه باطلا لكن يعتبر اثم عليه امام الله وفي المادة (10) ⁽²⁾ تبرز اهمية شرط الزوجة بأن يسكنها الزوج في بلدها او في اي مكان محدد من اختيارها الا اذا تنازلت عنه لاحقا وفي حال عدم الالتزام بهذا الشرط يعتبر ايضا اثما عليه ⁽³⁾.

كتعسر الحياة الزوجية بينهما نهائياً بتشخيص قاضي محكمة الأحوال الشخصية مثلاً، أو وجود بعض العيوب في الزوج غير ما يثبت به لها حق الفسخ وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٨) من هذه المدونة، أو عند فقد الزوج وعدم العثور على أثر منه بالرغم من الفحص عنه ستة أشهر مثلاً، أو مع إيمانه للمواد المخدرة وعدم إقلاعه عنها وإذا كانت الوكالة في ضمن عقد الزواج أو في عقد لازم آخر لم يكن للزوج عزلها عن الوكالة مطلقاً.

ثانياً: إذا اشترطت المرأة الوكالة عن الزوج في الطلاق ولم يتم التصريح فيها بكونه أعم من الطلاق خلعاً - أي الطلاق بفداء - لم يكن لها الا إيقاع الطلاق غير الخلعي، ويقع هذا الطلاق رجعياً أو بائناً حسب اختلاف الحالات وإذا وقع رجعياً ورجع الزوج في أثناء العدة فليس لها أن تطلق نفسها مرة أخرى الا إذا كانت الوكالة ظاهرة في الشمول لذلك، أي بأن تكون وكيلة في إيقاع الطلاق كلما رجع اليها الزوج في عدتها، ويكون الطلاق الثالث بائناً بل تحرم المرأة عليه على التفصيل الوارد في المادة 136.

ثالثاً: إذا اشترطت المرأة الوكالة عن الزوج في الطلاق مع التصريح بأن لها إيقاعه خلعاً عند توفر شروطه - ومنها كراهة الزوجة للزوج كراهة شديدة بحيث يحملها على تهديده بعدم أداء حقوقه الزوجية - يكون مقتضى وكالتها في هذا النحو من الطلاق أن تكون وكيلة أيضاً عن الزوج في قبول الفداء بعد بذلها له، ثم تطلق نفسها على ما بذلت، ويقع الطلاق بائناً وفقاً لما نصت عليه المادة (١٣٠).

(1) المادة (9) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على انه ("يجوز للمرأة أن تشتط على الرجل في عقد الزواج أن لا يتزوج عليها وإن سمح القانون له بذلك، فيجب عليه الوفاء لها بهذا الشرط، ولكن لو خالف وتزوج بأخرى لم يبطل وإن كان آثماً شرعاً. وكذلك إذا اشترطت عليه أن لا يطلقها الا بموافقتها فإنه يصح الشرط ويلزمه الوفاء لها به، ولكن لو طلقها بدون موافقتها صح وإن كان آثماً شرعاً.")

(2) المادة (10) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على انه ("إذا اشترطت عليه أن يسكنها في بلدها أو في بلد معين غيره أو في منزل مستقل صح الشرط ويلزمه الوفاء لها به ما لم تسقطه، ولو خالف الشرط أثم ولكن لا يثبت لها الخيار أي حق فسخ العقد - بذلك. ويجوز لها الرجوع الى القضاء الإلجبار الزوج على الوفاء به، كما يجوز لها عدم السكنى في غير ما اشترطته ولا تعد ناشزة بذلك.")

(3) أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري، احكام الزواج و الطلاق و اثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص 67.

بعد أستعراض موقف المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية ومدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي نجد ان المشرع العراقي وفق مدونة الاحكام الشرعية فقد جعل دور للإرادة الى حد كبير اذ جعل من ارادة الزوجين قاعدة أساسية لتضمينها ما يشاؤون من الشروط الاتفاقية بشرط ان لا تحل حراما او تحرم حلالا ولكن بذات الاتجاه لم يدعم ذلك بما يؤيده من عقوبة وانما اكتفى لكون ذلك اثم على الزوج في حالة عدم الوفاء بهذه الشروط وهذا ما لا يتطابق مع مفهوم القاعدة القانونية من حيث كونها مرتبطة بجزاء دنيوي وليس اخروي .

ويبدو ان لكل من التشريعين مبرراته الخاصة به حيث أن مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري ومن خلال استعراضها لشروط المتعلقة في عقد الزواج من خلال أيجاز هذه الشروط بوضوح وأنها لا تجيز فسخ العقد عند عدم الوفاء بها مما يؤدي الى استمرار العلاقة الزوجية⁽¹⁾ عكس قانون قانون الاحوال الشخصية الذي جاء بهذه الشروط بصورة عامة واجاز فسخ العقد عند عدم الوفاء بها مما يؤدي الى كثرة في حالات الطلاق وعدم استقرار الحياة الزوجية.

ومن الناحية العملية يظهر هذا الاختلاف في صياغة عقود الزواج وخاصة في المجتمعات ذات الانتماءات المذهبية المختلفة فعندما يكون هنالك اختلاف في المذهب بين الزوجين فأن الشروط التي تكتب في العقد تفسر بناء على قانون الاحوال الشخصية المعمول به في المحكمة التي وثقت العقد وهذا ما جاء به قرار المحكمة التمييز الاتحادية العراقية ("على الزوجة مطاوعة زوجها في عمله الا اذا اشترطت عليه في عقد الزواج اسكانها في محل معين أو تبين أن الدار بعيدة عن مكان عمل الزوجة حيث انها سوف يتعذر عليها التوفيق بين الواجبات البيئية والوظيفية")⁽²⁾ .

و هنا تتجلى قاعدة المسلمون عند شروطهم اي ان المسلمين ملزمون بشروطهم ما عدا الشرط الذي يحل الحرام أو يحرم المباح وهذه الشروط لا تجعل المحرم مباحا ولا المباح محرما فتكون

(1) و عند مقارنة ما ذكر بالقانون المدني الايراني فإنه من القوانين الذي يمنح الشروط المتعلقة بعقد الزواج اهمية بالغة و هذا ما أشار اليه في المادة (1119) التي تعتبر الباب الذهبي في وضع الشروط حيث نصت على انه (يمكن لطرفي الزواج ان يشترطا في عقد الزواج اي شرط لا يتعارض مع طبيعة عقد الزواج سواء في عقد الزواج او اي عقد ملزم اخر على سبيل المثال يمكن ان تشترط ان لا يتزوج زوجة اخرى او اذا تغيب عن نفسه خلال مدة معينة او توقف عن دفع النفقة او حاول قتل زوجته او معاملة زوجته بقسوة تمنع استمرار الحياة الزوجية و للزوجة ايضا التوكيل في طلاق نفسها ...). المادة (1119) من القانون المدني للجمهورية الايرانية

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية /رقم 2814 / هيئة الاحوال الشخصية / 2022 غير منشور .

صحيحة ويجب الالتزام بها والتي تم تضمينها في التشريعات الحديثة حيث يصبح الشرط المكتوب نافذا طالما لا يتعارض مع احكام الشرع⁽¹⁾.

يتضح في حال كون القانون المطبق هو قانون الاحوال الشخصية فإنه لا توجد لدينا اي مشكلة لكون القانون واحد مطبق على الجميع دون تفرقه بين المذاهب الامر الذي يحقق قدرا كبيرا من الاستقرار التشريعي ولكن الاشكالية تبرز في حالة كون القانون المطبق هو مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري وهنا يجب النظر في مسألتين الاولى : ان القانون تم تطبيقه بعد ابرام عقد الزواج أي بأثر لاحق هنا تبرز مشكلة مدى جواز سريان احكام القانون الجديد على العلاقات القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم وهذا يرتبط بمبدأ عدم رجعية القانون حيث انه اذا عقد زواج أبرم وفق قانون سابق لاحكام القانون الجديد فإن ذلك يؤدي الى اضطراب المراكز القانونية للطرفين اما المسألة الثانية : ان القانون تم تطبيقه ابتداء أي (على عقود الزواج التي تمت بعد نفاذ المدونة) حيث انه اذا سجل عقد الزواج وفقا لاحكام المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فإن احكام المدونة هي التي تطبق طالما تم تسجيل عقد الزواج وفقا لها وبذلك تخضع جميع الالتزامات عن هذا العقد لأحكامها علما انه في الحالات التي ينعقد فيها عقد الزواج وفق قانون الاحوال الشخصية بعد صدور المدونة فلا يجوز ان يتم تغيير القانون الى المدونة الا بعد حصول موافقة الزوجين معا على عكس حالات الزواج الذي عقد قبل صدور المدونة اذ يجوز لأي الزوجين (الزوج - الزوجة) ان يحول الى المدونة دون حصول موافقة الطرف الآخر .

الفرع الثاني

الولاية في عقد الزواج وأثر الاختلاف المذهبي فيها

تعد مسألة الولاية في الزواج من اهم القضايا الفقهية والقانونية تعقيدا لكونها نقطة تتقاطع بين حرية الفرد وسلطة الاب ويقصد (بالولاية) (ان يقوم شخص في ادارة شؤون حياته)⁽²⁾ بينما عرفها

(1) سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح و اثره في الشريعة و القانون، رسالة ماجستير، الجزائر، 2012، ص 128.

(2) د. محمد عقلة ابراهيم، الزواج و الفرقه في الفقه الاسلامي، دار النفائس، ط1، الاردن، 2014، ص 99.

بعضهم الآخر (بأنها سلطة شرعية تسمح للآخرين التعامل مع الامور المالية والشخصية للقاصر وحمايتها) ⁽¹⁾،

وبالنظر الى اقسامها نجد ان تكون الولاية اما خاصة او عامة حيث يطلق على الولاية المتعلقة بالنفس والمال اسم الولاية الكاملة فالولاية العامة هي التي تندرج تحت نطاق السلطة العامة بينما الولاية الخاصة فإنها تتعلق بالأشخاص وفردياتهم ⁽²⁾.

اما في الفقه الاسلامي قد تم تعريف الولاية بتعريفات متعددة فقد عرفت بأنها تنفيذ القول على الآخرين ⁽³⁾، وتعني الولاية قدرة قانونية تعطي صاحبها الحق في التصرف في شؤون الآخرين بشكل إلزامي الا ان هذا النوع من التعريف يقتصر على ولاية الالتزام ولا يشمل الولاية الاختيارية. من خلال ما تقدم يتضح ان التعريفات سابقة الذكر متشابهة الى حد ما من حيث المعنى لكنها تختلف في الصياغة .

وفي السياق ذاته قدم الفقه الحديث قدمت تعريفات عديدة للولاية وقد عرفت بأنها القدرة على ابرام العقود بطريقة قانونية ⁽⁴⁾، بينما تنتظر التفسيرات القانونية الى الولاية بأنها استبدال ارادة الوكيل بإرادة الاصيل الذي يوقع العقد ⁽⁵⁾.

ولكي نفهم الولاية بشكل صحيح ودقيق يجب ان نوضح بعض الخصائص الرئيسية منها الرعاية التي تعد الهدف الرئيسي من الولاية على النفس والسلطة التي يمارسها الولي على المولى عليه حيث تساعده في تفادي الانحراف وتساعده في اتخاذ قرارات سليمة ⁽⁶⁾ ويتحمل الولي مسؤولية الافعال

(1) احمد عبد الحسين الياسري، التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد : دراسة مقارنة بين القانون العراقي و القانون المدني المصري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، مجلد 8، عدد4، 2016 م، ص 693 .

(2) د. نصر فريد واصل، الولايات الخاصة (الولاية على النفس و المال في الشريعة الاسلامية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2002 م، ص 6 .

(3) محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي، الدر المختار في شرح تنوير الابصار و جامع البحار، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2002 م، ص 182 .

(4) محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر، ص 108 .

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003 م، ص157.

(6) محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، مصدر سابق، ص 23.

والتصرفات التي يقوم بها المولى عليه والتي قد تضرر بالآخرين ⁽¹⁾ وان الولاية بشكل عام تعتبر نوعاً من النيابة عن الشخص الذي يكون تحت رعايته ⁽²⁾ وايضا لا يمكن التنازل عن الولاية لانها حق يعتبر صفة جوهرية تتعلق بالشخص ولا يمكن تركها ⁽³⁾.

اما فيما يخص شروط الولي فقد اتفق الفقهاء على عدة شروط ينبغي توفرها في الولي هي الاسلام والحرية والبلوغ والعقل والذكورية ⁽⁴⁾ الا انهم اختلفوا في مسألة العدالة والرشد حيث اشترطها الشافعية والحنابلة وذهب الحنفية انه يجوز للفاسق تزويج ابنته الصغيرة بينما المالكية تعتبر شرطي كمال لا صحة ⁽⁵⁾ وبالاتقال الى الطبيعة القانونية للولي يثور خلاف حول اذا كان الولي في عقد الزواج هل هو شرط ام ركن ؟ حيث ان هنالك خلاف فقهي في هذا الموضوع حيث انقسم الفقهاء الى رأيين حيث ان الاول يرى أن الولي ركن من أركان عقد الزواج حيث لا نكاح ألا بولي ⁽⁶⁾ بينما الرأي الآخر من الفقهاء يرى ان الولي شرط من شروط الصحة فقط اي يمكن الزواج بغير ولي مع شرط الكفاءة ⁽⁷⁾.

ونرجح القول بأن الولي شرط من شروط الصحة و ليس ركناً فيه و ذلك لان الركن ما يتوقف عليه العقد بينما الشرط لايلزم من وجوده الوجود و ان اعتبار الولي شرط من شروط الصحة يتفق مع المبادئ العامة للاهلية القانونية و الشرعية للمرأة البالغة الرشيدة .

-
- (1) د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1955 م، ص 421
 - (2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج1، مصدر سابق، ص 159.
 - (3) مصطفى احمد الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، مدخل الى نظرية الالتزام العامة، ج2، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1946 م، ص 12 .
 - (4) صالح بن ابراهيم الحصين، الاستدلال المقنع لمسائل زاد المستقنع، مكتبة مالك الفهد للنشر، ط1، 2014م، ص 220.
 - (5) احسان عبد المجيد الحمامي، صلاحيات الولي في عقد النكاح في الفقه الاسلامي، مجلة الدراسات الاجرائية، عدد38، بلا مجلد، 2022، ص 86.
 - (6) ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه الحنبلي، المغني، ج11، مصدر سابق، ص 12.
 - (7) عشاري عبد العالي، الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الاسلامية، مجلة البحوث و الدراسات، عدد9، بلا مجلد، 2018، ص 322-323.

وعند الرجوع الى اراء المذاهب الخمسة نلاحظ ان هنالك اختلافا واضحا في موضوع حق المرأة في تزويج نفسها بالنسبة للأمامية ⁽¹⁾ فأنهم يرون ان البنت البالغة المالكة لأمرها وتستطيع القيام بكافة التصرفات من العقود وغيرها كان لها الزواج سواء كانت بكرا او ثيبا ولا يستطيع الاب او الجد او غيرهم من العصابات اجبارها على غير ذلك ⁽²⁾ و انه ليس للاب ولا للجد ولاية على البالغ سن الرشد ولا البالغة اذا كانت ثيبا اما اذا كانت البنت باكراً فأن كانت تملك امرها ومستقلة في ادارة شؤون حياتها لا يكن للاب والجد ان يزوجها دون رضاها فهل لها ان تتزوج دون اذن احدهما؟ فيه اشكال فلا تترك مراعاة مقتضى الاحتياط فيه اما اذا كانت غير مستقلة في ادارة حياتها فإنها لا تستطيع الزواج دون اذن ابيها او جدها ⁽³⁾ اما الرأي الاخر فأن لوالدها ولاية في تزويجها ويجب اخذ برأيها ⁽⁴⁾ بينما يعتقد اغلبية مذاهب الشافعية ⁽⁵⁾ والمالكية ⁽⁶⁾ والحنابلة ⁽⁷⁾ في أن الولي يعد شرطاً لصحة الزواج مما مما يعني ان المرأة لا تستطيع تزويج نفسها وانما يقوم وليها بأجراء العقد نيابة عنها اي ان الزوجين لو

(1) محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ج5، منشورات الفجر، بيروت، ط1، 2007 م، ص236. و محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسة اهل البيت عليهم السلام، ج20، ط2، قم، 1414 هـ، ص100. الصدوق ابي جعفر محمد بن محمد بن علي بن الحسين بابويه القمي، من لا يحضره الفقيه، ج3، مؤسسة الأعلي للمطبوعات، ط1، بيروت، 1986 م، ص259. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، تحقيق: حيدر الدباغ، ج30، مؤسسة النشر الاسلامي، ط1، قم، 1433 هـ، ص310-311. مفلح الصميري البحراني، غاية المرام في شرح شرائع الاسلام، ج3، دار الهادي، ط1، 1999م، ص28-29.

(2) محمد جواد مغنیه، مصدر سابق، ص322.

(3) سماحة اية الله العظمى السيد علي السيستاني دام الله ظله، منهاج الصالحين، ج3، مصدر سابق، ص34 و ما بعدها .

(4) مسألة (27) ("لا ولاية للأب والجد على البالغ الرشيد ولا على البالغة الرشيدة الثيب. وأما البكر فالولاية في تزويجها لوالدها وإن كان الأحوط أكيداً أخذ رأيها أيضاً. وأما الجد فقد سبق أن الأحوط عدم استقلاله بالعقد بل اللازم أخذ رأيها ورضاها معاً وكفي في إثبات إنهما سكوتهما عند استئذانهما قبل العقد لا في العقد نفسه،..") محمد الصدر، منهاج الصالحين، ج4، هيئة تراث السيد الشهيد الصدر، النجف الاشرف، 2011م، ص15.

(5) محمد بن ادريس الشافعي، الأم، مكتبة الكليات الأزهرية، ج5، ط1، 1961 م، ص16-17. و الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994 م، ص23.

(6) ابن رشد القرطبي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، مجلد التاسع، ط1، دار ابن حزم، 2019 م، ص554.

(7) ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه الحنبلي، المغني، ج11، مصدر سابق، ص12-13.

تزوجا دون ولي فإن العقد يبطل اما المذهب الحنفي ⁽¹⁾ فإنهم يمنحون المرأة البالغة العاقلة حق تزويج نفسها دون الحاجة الى موافقة وليها اي تكون الولاية على المرأة البالغة ولاية استحباب لو تزوجت البالغة من شخص كفؤ فإن العقد ينفذ في حقها.

ونلاحظ أن مراتب الاولياء تختلف في الفقه الاسلامي حيث يرى المذهب الجعفري (الامامي) ان الولاية للاب والجد للاب وان علا دون سائر العصبات والاقارب والجد اولى بالتقديم على الاب عند اجتماعهم ⁽²⁾ بينما المذهب المالكي يعتمد على مفهوم التعصيب حيث يرى الاولوية تعود للأبناء يليهم الاباء ثم الاخوة وثم الاجداد في مقابل ذلك الشافعية أتبعوا منهاجاً مختلفاً بشأن ولاية البنوة حيث لم يسمحوا للابن بأن يكون ولياً بصفته ابناً بل قدموا الاب ثم الجد ثم اب الجد بينما الحنفية فقد قدم ابو حنيفة الاب على الجد والجد على الاخ في حين وضعوا الحنابلة ترتيباً مزيجاً بين الاصول والفروع حيث يبدأ بالاب ثم الجد يليه الابن والابنه ثم الاخوة وابنائهم واخيراً عمومة الاب ⁽³⁾.

ونرى أن الخلاف الفقهي في مسألة الولاية لا يرتبط بكفاءة المرأة أو قدرتها على إبرام التصرفات القانونية فقط وإنما يعتمد على اختلاف في الرؤية لطبيعة عقد الزواج نفسه فالاتجاه الذي يشترط الولي يعتبره ضماناً لحماية الأسرة بينما يستند الاتجاه الذي يجيز للمرأة البالغة الرشيدة تزويج نفسها إلى مبدأ اكتمال الكفاءة القانونية واستقلال الإرادة وبيدوان الاتجاه الأخير يتمشى بشكل أكبر مع القواعد العامة للكفاءة متى كانت المرأة كاملة الكفاءة ومدركة لمصالحها.

وهذا الاختلاف في الآراء الفقهية كان له اثر واضح في قانون الاحوال الشخصية العراقي حيث ارتبطت الاهلية ببلوغ المرأة سن الثامنة عشرة مما جعلها قادرة على ابرام عقد الزواج مع ترك دور الولي استحبابياً ونلاحظ ان قانون الاحوال الشخصية العراقي قد أفقر الى الإشارة بشكل صريح الى الولاية او للقواعد المتعلقة بها باستثناء ما ورد في المادة الثامنة ⁽⁴⁾ والتي تتطلب موافقة ولي الأمر

(1) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج4، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر، ص 215 - ص 220. و علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص 372 ص 274 .

(2) ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، ج4، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، 1414 هـ، ص 265 و ما بعدها .

(3) محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و اثاره، مصدر سابق، ص 162.

(4) المادة (8) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل و التي تنص على انه (" إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي،

الشرعي على زواج ممن لا يتجاوز الخامسة عشر وهذا يتناقض مع العديد من القوانين المقارنة التي أولت اهتماماً لموضوع الولاية كونه من الموضوعات الكبرى وقد أشار المشرع العراقي الى الولاية في النص على انه ولي الصغير هو ابوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم المحكمة⁽¹⁾ في حين أشار المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين على ان تثبت الولاية للاب ثم للمحكمة⁽²⁾.

و مع ذلك شهدت الساحة التشريعية في العراق تغيراً مع صدور مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري و التي تهدف الى ربط الاحكام برأي مذهب الجعفرية مباشرة وهذه المدونة تميل الى تقييد استقلال البكر الرشيدة وتتطلب اعادة تفعيل شرط موافقة الاب او الجد للاب في عقد الزواج حيث جاء في المادة 12⁽³⁾ منه انه لا يحق للاب او الجد لاب الزواج الابن البالغ الرشد وإذا تزوج دون اذن الاب فأن الزواج يعتبر صحيحاً حيث ان المدونة تستند الى مبدأ فقهي لدى الامامية يفيد ان بالغ سن الرشد لديه الاهلية الكاملة في ادارة شؤون حياته اما فيما يتعلق بالقانون الاحوال الشخصية فقد اتجه الى منح حكم ذاتي كامل لكل فرد بعد بلوغه سن 18 ولكنه لم يلغي دور الولي تماماً بالنسبة للأشخاص التي تقل اعمارهم عن 18 وجاءت المدونة في المادة 13⁽⁴⁾ في التفرقة بين الثيب والبكر تحتاج البكر الى حصول موافقة الاب والجد بينما لثيب التي سبق لها الزواج فإنها لها الزواج بينما قانون الاحوال الشخصية لم يفرق بين البكر والثيب⁽⁵⁾ وعليه تهدف المدونة بذلك الى الانتقال من مدنية العقد التي رسخها القانون الاحوال الشخصية الى شرعية العقد المذهبي.

فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار إذن القاضي بالزواج.....")

- (1) المادة 102 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
- (2) المادة 27 من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980 .
- (3) المادة 12 من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 .
- (4) المادة 13 من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 .
- (5) المادة 1043 من القانون المدني لجمهورية ايران الاسلامية و التي تنص ("زواج الفتاة التي لم تتزوج سابقاً يتوقف على إذن من والدها أو جدها حتى لو بلغت من الرشد كاملة. ومع ذلك، إذا حجب الأب أو الجد من الأب الإذن دون سبب مبرر، فيمكن للفتاة أن تراجع إلى المحكمة المدنية الخاصة مع تقديم التفاصيل الكاملة للرجل الذي ترغب في الزواج منه وكذلك شروط الزواج وأموال المهر المتفق عليها وإخطار والدها أو جدها لأبيها من خلال تلك المحكمة بالتفاصيل المذكورة أعلاه ولم يتلق أي رد من الوصي يقضي بالرفض")

ومع ذلك فأن غياب النصوص في القوانين لا يعني ان القضاء العراقي قد تجاهل واهمل هذا الموضوع وانما هنالك العديد من القرارات القضائية والاحكام التي استندت الى هذه المفاهيم حيث قضت محكمة التمييز في قرار لها في أن ("الفقه الاسلامي أقر بصحة عقد الزواج الذي صدر من الولي الاجباري للبنات القاصر وان لم يكن هنالك نص في قانون الاحوال الشخصية يمنع ذلك")⁽¹⁾ وكذلك قضت محكمة التمييز في قرار اخر لها (" اذا زوج القاصر الولي غير الاب فلها ان تختار نفسها عند البلوغ")⁽²⁾ حيث يتضح ان القاضي له الامكانية الاستناد الى كتب الفقه الاسلامي في الرجوع لموضوع الولاية كونه موضوع دقيق ويوجد سند قانوني يؤيد ذلك من خلال المادة الاولى / فقرة 2⁽³⁾ واذا اعترض الولي دون وجود سبب شرعي (العضل) اي اذا اختارت المرأة رجلاً كفوء فلا يحق لوليها منعها فأن فعل ذلك يعتبر هذا من تصرفات الجاهلية وعندما يقوم الولي بذلك تنتقل الولاية الى شخص اخر والرأي الاكثر قبولاً لدى الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة هو تنتقل الولاية الى القاضي وهذا الرأي اخذت به التشريعات العربية المتعلقة بالأحوال الشخصية⁽⁴⁾ وهذا ما جعل الولاية في القانون العراقي النافذ الى نوع من النصح وليس اجبار اما في حالة اختلاف المذهب بين الزوجين فتثور الاشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق فأنه استناداً الى المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 هي تطبيق القانون النافذ ولكن مع صدور المدونة الجعفرية فأن اختار الزوجين تسجيل عقد الزواج وفق المدونة فأن احكامها تسري عليه وطبقت شروط الولاية الجعفرية أما في حالة حصول الاختلاف فأن المحكمة تطبق القانون الذي يضمن صحة العقد .

ومن خلال ما تقدم يتضح أن الولاية تعتبر من أكثر مسألة عقد الزواج تأثراً بالاختلاف الفقهي إذ ترتب على تعدد الآراء حولها تباين في تحديد مدى استقلال المرأة في إبرام العقد وفي نطاق السلطة الممنوحة للولي وفي الآثار المترتبة على غياب موافقته كما ظهر هذا الاختلاف بشكل واضح في التنظيم التشريعي حيث اتجه قانون الأحوال الشخصية العراقي إلى توسيع نطاق الإرادة الفردية بينما

(1) قرار محكمة التمييز رقم 236/ شخصية / 63 الصادر بتاريخ 1963/10/6 منشور عبر الرابط الاتي <https://mail.almerja.com/reading.php?idm=36875>

(2) قرار محكمة التمييز رقم 389 / شرعية / 72 الصادر بتاريخ 1973/4/23 المنشور عبر الرابط الاتي <https://mail.almerja.com/reading.php?idm=36875>

(3) المادة (1) من قانون الاحوال الشخصية المعدل . تمت زيارته بتاريخ 2026/2/13 الوقت 11:11 صباحا

(4) د. محمد كمال الدين امام، الزواج في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006 م، ص 135 . تمت زيارته بتاريخ 2026/2/13 الوقت 11:13 صباحا

اتجهت المدونة الجعفرية إلى تعزيز الدور الوقائي للولاية في بعض أشكال الزواج خاصة زواج البكر الرشيدة.

وعليه نرى ان الخلاف الفقهي في مسألة الولاية يشير الى اختلاف جوهري حيث ان المشرع العراقي من خلال قانون الاحوال الشخصية فقد وسع من نطاق أهلية المرأة البالغة وجعل دور الولي استرشادي وغير ملزم مع التأكيد على ضرورة تواجده في بعض الحالات .

الفصل الثاني

اثر الاختلاف المذهبي على آثار

الزواج

الفصل الثاني

اثر الاختلاف المذهبي على آثار عقد الزواج

يعد عقد الزواج من أهم العقود التي اعطتها الشريعة الإسلامية عنايه خاصه بسبب الآثار المتعلقة بالأسرة وأستقرار المجتمع وانه لا يقتصر فقط على إنشاء علاقة بين الرجل والمرأة وانما يمتد ليشمل مجموعة كبيرة من الحقوق والالتزامات متبادلة سواء كانت مالية او غير مالية وان هذه الآثار لا تظهر بصورة متشابهة في جميع الحالات وأنما تختلف بحسب العوامل التي تؤثر في طبيعة هذه الآثار ويأتي الاختلاف المذهبي بين الزوجين في مقدمة تلك العوامل لانه يعد من المسائل التي تؤدي الى اشكاليات فقهية وقانونية خصوصا في المجتمعات التي تتنوع فيها المذاهب كالعراق فكل مذهب فقهي احكامه واجتهاداته الخاصة في تنظيم مسائل الاحوال الشخصية مما يؤدي الى اختلاف في تفسير بعض الاحكام المتعلقة بعقد الزواج .

و يؤدي هذا الاختلاف المذهبي في تباين له أثره في الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الزواج سواء متعلقة بالجانب المالي كالمهر والنفقة والارث او في الجوانب الغير مالية كالحضانة والطلاق والتفريق كما يمتد هذا الاثر في تحديد المذهب الواجب تطبيقه مما ينعكس بشكل مباشر على عمل القضاء في حل المنازعات التي تعترض الحياة الزوجية .

وعليه سوف نوضح في هذا الفصل الآثار التي تحدث بسبب الاختلاف المذهبي في عقد الزواج من خلال شرح تأثيره على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وتوضيح تأثيره في المسائل المرتبطة في الاحوال الشخصية وتوضيح موقف الفقه الاسلامي من هذه الاشكالية .

وعليه سنقسم هذا الفصل على مبحثين سنتناول في المبحث الاول اثر الاختلاف المذهبي على الآثار المالية للزواج بينما في المبحث الثاني سنتطرق الى اثر الاختلاف المذهبي على الآثار الغير مالية للزواج .

المبحث الاول

اثر الاختلاف المذهبي على الآثار المالية للزواج

تعد الآثار المالية من أبرز النتائج الناتجة عن الزواج لأنها تلعب دوراً مهماً في تنظيم العلاقة بين الزوجين من الناحية القانونية وتظهر أهمية هذه الآثار بشكل أوضح في حالة الاختلاف المذهبي حيث يؤدي ذلك إلى تفاوت في الأسس التي تقوم عليها القوانين التي تنظم هذه الحقوق ويشمل تأثير

الاختلاف المذهبي مجموعة من المسائل المالية المتعلقة بعقد الزواج مثل المهر والنفقة بالإضافة إلى تأثيره في بعض القوانين المرتبطة بالإرث مما يدل على اختلاف في تحديد نطاق الحقوق والالتزامات بين الزوجين.

وبناءً على ذلك يهدف هذا المبحث إلى توضيح أثر الاختلاف المذهبي في الآثار المالية الناتجة عن عقد الزواج من خلال تقديم العرض لأهم المسائل التي يظهر فيها هذا التأثير. وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول اثر الاختلاف المذهبي في مسائل النفقة والمهر وفي المطلب الثاني سنتطرق الى أثر الاختلاف المذهبي في أرث الزوجة .

المطلب الأول

أثر الاختلاف المذهبي في مسائل المهر والنفقة

يعد المهر والنفقة من أهم الحقوق المالية المرتبطة بعقد الزواج لأنهما يؤثران بشكل مباشر في تنظيم العلاقة بين الزوجين وتظهر أهمية هذين الأمرين أكثر في حالة اختلاف المذهب حيث يؤثر هذا الاختلاف على تحديد أحكامهما من حيث الثبوت والاستحقاق والنطاق. وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول أثر الاختلاف المذهبي في مسائل المهر وفي الفرع الثاني سنتطرق الى اثر الاختلاف المذهبي في مسائل النفقة .

الفرع الأول

أثر الاختلاف المذهبي في مسائل المهر

يعد المهر من الاحكام الاساسية المرتبطة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي وذلك لما له من دلالات شرعية واجتماعية ومالية في نفس الوقت فقد عرف في اللغة بانه (ما يقدم للمرأة عن الزواج)⁽¹⁾ وهنالك عدة كلمات تعبر عنه حيث انها في الجواهر عشرة اسماء وفي المغني تسعة مثل الصداق والنحلة والأجر⁽²⁾ حيث ان (الصداق) يدل على صدق نية الزوج في الارتباط والزواج⁽³⁾ بينما (النحلة)

(1) شعبان عبد العاطي عطية و احمد حامد حسين و جمال مراد حلمي, معجم الوسيط, مكتبة الشروق الدولية, ط4, مصر, 2004م, ص889.

(2) م. شذى مظفر حسين, الاساس الفقهي للمطالبة بالمهر دراسة مقارنة بقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل, مجلة الكوفة, عدد33, بلا مجلد, بلا سنة نشر, ص 184 .

(3) زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني), مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام, تحقيق, مؤسسة المعارف الاسلامية, ج8, ط4, 1429 هـ, ص 158.

تعني الهدية تعطى للمرأة تقديراً لها أي على سبيل التبرع أي لا يكون في مقابل ذلك أكثر من تمتع دون عوض مالي⁽¹⁾ أما (الاجر) يوحي بمعنى الاستحقاق والثبوت⁽²⁾ . وفي الاصطلاح الفقهي يحدد (المهر) بأنه المال الواجب على الزوج تقديمه للزوجة الذي انقفاً عليه مما يجوز تملكه اثر العقد الصحيح⁽³⁾ وهو التزام مالي يسجل في ذمة الزوج لصالح الزوجة بموجب عقد الزواج وذلك لان المرأة في الزواج تدخل في ذمة زوجها وطاعته وانه يمتلك بهذا العقد مالم يكن مملوك له و عليه ان يقدم شيئاً يرضيها⁽⁴⁾ .

و استند الفقهاء الى نصوص واضحة من القرآن الكريم لتأكيد ضرورة المهر⁽⁵⁾ ومنها قوله تعالى : (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)⁽⁶⁾ وايضا (فَأَنْتُمْ أَجُورُهُنَّ فَرِيضَةً)⁽⁷⁾ . حيث تشير هذه الآيات الآيات الى ان المهر هو حق ثابت للزوجة وهو فريضة شرعية لا يصح اسقاطها من البداية ولا يصح العقد الا به⁽⁸⁾ لان ذلك يتعارض مع مقتضيات العقد⁽⁹⁾ ولذلك رأى بعض الفقهاء الامامية ان المهر المهر مرتبط بفكرة التعويض في عقود المعاوضات ولكنهم اكدوا انه ليس بمقابل للتمتع بالمرأة بل هو

(1) ابي القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف راغب الاصفهاني، معجم مفردات الفاظ القرآن، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004م، ص 540 .

(2) معمر مختار و عبد الغفار، المهر في الاسلام، بحث منشور، عدد1، مجلد 3، 2017 م، ص 107 .

(3) ابي جعفر محمد بن الحسين بن علي الطوسي، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، دار الكتاب العربي، لبنان، ط2، 1980 م، ص 469 .

(4) زكي الدين شعبان، الزواج و الطلاق في الاسلام، دار القومية للطباعة و النشر، القاهرة، 1964 م، ص 64.

(5) د. محمد رافت عثمان، مهر الزوجة و ما يتصل به من قضايا في الفقه الاسلامي، مطبعة السعادة، ط1، 1982 م، ص 24 .

(6) سورة النساء الآية : (4) .

(7) سورة النساء الآية : (24) .

(8) د. هوري سيد حسانين، احكام اختلاف الزوجين في المهر في الشريعة الاسلامية و القانون الليبي، مجلة جامعة التحدي العلمية، عدد1، مجلد 3، 2009 م، ص 164.

(9) المادة (130) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل و التي نصت على (مادة 130

1- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للاداب والا كان العقد باطلاً.

2 - ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية.

التزام مالي يهدف الى تكريمها وحماية وضعها المالي⁽¹⁾ ومنهم من يرى خلافا لذلك واستدلوا ان النكاح النكاح ليس من عقود المعاوضات لكونه يتميز بأحكام تميزه عن عقود المعاوضة⁽²⁾ ومع ذلك اعتبر غالبية الفقهاء أن المهر هو اثر مترتب على عقد الزواج وليس ركنا من اركانه مما يعني ان عقد الزواج يمكن ان يكون صحيحا حتى وان لم يذكر المهر فيه على ان يحدد للزوجة مهر المثل في حاله عدم ذكره وهذا ما ذهب اليه الحنفية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ بينما ذهب بعض المالكية على اعتبار المهر هو ركن من اركان عقد الزواج ولا يصح العقد غير به⁽⁶⁾.

و نرى ان المهر من اهم الآثار المالية التي تترتب على عقد الزواج وانه وان كان حقا ثابتا للزوجة وواجبا شرعيا على الزوج الا ان عدم ذكره في العقد لا يعني بالضرورة الى بطلان عقد الزواج ما دام يمكن تقديره لاحقا بمهر المثل ومن خلال الطبيعة الشرعية للمهر فانه يدل على انه وسيلة لتكريم المرأة اكثر من كونه مقابلا للتمتع وهذا ينسجم مع الاتجاه الفقهي الذي يميز عقد الزواج عن عقود المعاوضات .

و في السياق القانوني فان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يعرف المهر وانما تناوله في الباب الثالث منه في عنوان الحقوق الزوجية واتخذ الفصل الاول منه لاحكام المهر من المادة 19 الى المادة 32 . بينما مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فقد عرفت (المهر) في المادة 46 منه⁽⁷⁾ والذي يعرف (بالصدق) وهو الشيء الذي تحصل عليه الزوجة سواء كان محدد في العقد ام تم تحديده فيما بعد ويشار اليه بمصطلح المهر المسمى او ما تستحقه المرأة عند دخول الرجل بها ويطلق عليه ايضا بـ (مهر المثل) .

(1) العلامة الحلي، تبصرة المتعلمين في احكام الدين، ترجمة : ابو الحسن شعراني، انتشارات اسلامية، بلا سنة نشر، ص 523 .

(2) الفاضل الهندي، كشف اللثام، منشورات اية الله العظمى المرعشي النجفي، ج2، قم، 1405 هـ، ص 257.

(3) علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، مصدر سابق، ص 451 .

(4) الشافعي، الام، ج5، مصدر سابق، ص 57 .

(5) ابن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، ج11، مصدر سابق، ص 378 .

(6) د . وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج7، دار الفكر للطباعة و النشر، ط2، دمشق، 1985م، ص 254.

(7) المادة (46) من مدونة الاحكام الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم (1) لسنة 2025 .

و تظهر تأثيرات الاختلاف المذهبي بوضوح في مسألة ضرورة ذكر المهر في العقد حيث أقر فقهاء المذاهب الأربعة بصحة عقد الزواج حتى لو لم يتعين فيه مهر مع وجود مهر المثل للمرأة⁽¹⁾ وهذا يتوافق في العموم مع رأي فقهاء الإمامية (الجعفرية) في الزواج الدائم حيث يصح العقد من غير ذكر المهر حيث يرون أن تسمية المهر ليس شرطاً لصحة العقد الدائم وإنما يثبت للزوجة مهر المثل عند عدم التسمية⁽²⁾ لكنهم يميزون بين هذا الزواج والزواج المنقطع حيث يشترطون تحديد المهر فيه لصحة العقد⁽³⁾ وأي نقص في ذلك يؤدي إلى بطلان العقد وهذا يمثل farkاً جوهرياً بين الفقه الإمامي عن باقي المذاهب في هذا السياق كما اتفق العديد من الفقهاء على أن شرط نفي المهر يؤدي إلى بطلان العقد لأن المهر أثر شرعي لازم لا يمكن الاستغناء عنه من البداية وهذا يتماشى مع اتجاه الفقه الإمامي في الزواج الدائم .

و فيما يخص تحديد مقدار المهر فإن هنالك تباين في آراء الفقهاء حول الحد الأدنى حيث وافق فقهاء الإمامية أن يكون المهر قليلاً أو كثيراً بشرط أن يكون مقبولاً شرعاً لأن المهر فرض ولم يضع حداً فيه قليلاً كان أو كثيراً فإنه ما يقع فيه رضائهم يكون مهرًا⁽⁴⁾ بينما الحنفية فقد اشترط حد أدنى للمهر قدره عشرة دراهم كما حدد المتقدمون وذلك لأن أقل مقدار يمكن أن يقطع به يد السارق⁵ وقد استدلوا في قول الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) لا مهر أقل من عشرة دراهم⁽⁶⁾ كما أضاف فقهاء الحنفية أنه في حال اتفاق الزوجين على مهر أقل من عشرة دراهم فإنها تستحق العشرة لأن المهر من حقها وإذا قبلت بمهر أقل من العشرة فإنها تنازلت عن حقها فيما يتجاوز العشرة⁽⁷⁾ بينما رأى المالكية أنه لا بد تحديد حد معين حيث قال مالك في الموطأ أنه لا يجوز أن تتزوج المرأة بأقل

(1) د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الدار الجامعية، ط4 و 1983م، ص 361.

(2) زين العابدين بن علي الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج8، مركز أحياء التراث العلمي، ط1، 2013 م، ص 218.

(3) زين العابدين بن علي الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدر أعلاه، ص 219 .

(4) أ.م. د. مها عبد الله الشرقي و م. د. عاتكة حبيب عبد الله، المهر في فكر أهل البيت (عليهم السلام)، المجلة الأمريكية الدولية للعلوم الإنسانية و الاجتماعية، عدد22، ج1، 2025، ص 16 .

⁵ وهبي سليمان غاوجي ، الكافي في الفقه الحنفي ، ج 3 ، مؤسسة الرسالة العالمية ، ط 1 ، 1434 هـ، ص 945 .

(6) علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج3 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط 1 ، 1996م ، ص 173 .

(7) د. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1988م، ص 244.

من ربع دينار فهذا الحد الأدنى الذي يستوجب القطع⁽¹⁾ ومصدر الاختلاف بينهم هو التباين في تحديد مقدار السرقة الذي يسبب قطع اليد وقد اشار بعض المالكية الى ان سبب اختيار الحد ادنى من المهر هو يشبه بشكل كبير قطع اليد لان البضع واليد كلاهما عضو⁽²⁾ ومن جهة اخرى لم يشترط الشافعية والحنابلة حدا ادنى مكتفين ان يكون المال مقوما لا يهم سواء كان قليلا ام كثيرا طالما لا يصل الى حد لا يمكن تحقيق قيمة فيه⁽³⁾ وهذا يتوافق مع ما اقره فقهاء الامامية .

أما بالنسبة للحد الاعلى فقد اتفقت المدارس الفقهية على عدم تحديده مع وجود كراهية ومغالة فيه⁽⁴⁾ مستندين الى ما ورد عن عمر بن الخطاب من اعتراضه على الغلو في المهور ثم رجوعه الى النص القرآني مما يدل على ان الاصل هو الاباحة دون قيود مع التوجيه نحو التيسير⁽⁵⁾.

و يمتد تأثير الاختلاف المذهبي الى موضوع استحقاق المهر حيث يعتقد الحنفية ان الخلوة الصحيحة تعتبر سببا لكمال المهر حتى وان لم يحدث دخول فعلي بينما يتطلب الشافعية والحنابلة تحقق الدخول اما فقهاء الامامية فان من جانبهم يشترطون الوطء للحصول على المهر بالكامل ولا يعترفون بالخلوة فقط مما يسبب اختلافات عملية في حالة الطلاق قبل الدخول⁽⁶⁾ ويقصد بالخلوة هوان هوان يجتمعان في مكان وليس هناك ما يمنع الدخول بينهم اي ان يكونوا مطمئنين من عدم اطلاق احدا عليهم⁽⁷⁾ ومع ذلك فان جميع المذاهب تتفق جميعا على انه طبقا للآية (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ) حيث ان الزوجة تستحق تستحق المهر كاملا لكن هذا غير ثابت فانه تستحق نصف المهر المحدد اذا وقع الطلاق قبل الدخول وفي حال تم

(1) محمد بن احمد بن جزي الغرناطي , القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية , دار ابن جزام , ط 1, 2013 م , ص 350.

(2) زوين نجاة, احكام الصداق بين الفقه والقانون , رسالة ماجستير , الجزائر , 2024 م , ص 21.

(3) أ. د. هاني سيد تمام سلام, اقل المهر عند الحنفية, مجلة الافتاء المصرية , عدد 55, مجلد 15, 2023 م , ص 157 .

(4) محمد بن عيسى بن سورة الترمذي , سنن الترمذي و هو الجامع الكبير , دار التاصيل , ط 2 , 2016 م , ص 313 .

(5) ابي بكر احمد بن الحسين البيهقي, السنن الكبرى, تحقيق : محمد عبد القادر عطا, ج 7, مسالة رقم 14336, دار الكتب العلمية, لبنان, 2003 م, ص 380.

(6) محمد جواد مغنية, الفقه على المذاهب الخمسة, مصدر سابق, ص 348.

(7) عبد الرحمن الجزيري و محمد الغراوي و ياسر مازح, كتاب الفقه على المذاهب الاربعة و مذهب اهل البيت, دار الثقليين, لبنان, ط 1, 1998 م, ص 177.

دفع الزوج المهر كاملاً جاز له المطالبة بالنصف اذا وقع قبل الدخول الا اذا تم العفو او البراء (1) كما يمكن ان يسقط المهر او جزءا منه في حالات الفسخ حيث اجمع الفقهاء مثلاً اذا كان الفسخ بسبب عيب في الزوجة قبل الدخول وقبل الخلوة يسقط المهر فالتفريق قبل الدخول يعتبر فسخاً ويرجع الى ما كان عليه قبل التعاقد (2) وقد يكون الفسخ بسبب ارتداد الزوجة عن الاسلام او نتيجة التفريق القضائي ويعتمد الحكم على سبب الفسخ ووقته (3) .

اما في مسألة الآجال الملحقه في المهر فنرى الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة فيعتبر فقهاء الجعفرية (الامامية) انه يمكن ان يكون المهر كاملاً مؤجلاً او معجلاً وكذلك ممكن ان يتضمن جزءاً معجلاً واخر مؤجلاً شرط ان يتم تحديد المدة للمهر ولو بشكل عام وفي حالة عدم وجود تحديد يعتمد الامر على العرف بحيث يتم دفعه عند الطلب او في حالة اليسر (4) .

اما الحنفية فأنهم يوافقون على تاجيل المهر لفترة معروفة كالشهر او السنة وهذا رأي متفق عليه في حالة تحديد المدة الى شي غير معروف مثل الموت او الطلاق فهناك اختلاف حول ذلك ولكن الرأي الراجح هو انه يتم قبوله (5) اما اذا لم يحتوي العقد على شروط التعجيل او التاجيل يصبح المهر معجلاً (6) وفي المذهب المالكي هنالك اراء متنوعة في شأن تاجيل المهر حيث تحظر بعض الآراء ذلك بشكل كامل بينما يسمح به اخرون بشرط تقديم جزء منه قبل الدخول كما يشترط من يوافق على التاجيل ان يكون محدد زمنياً (7) اما بالنسبة للشافعية فهم يسمحون بأن يكون المهر معجلاً او مؤجلاً او يجمع بين الاثنين شرط ان تكون مدة معروفة (8) و اذا كان المدة غير معروفة يعتبر الشرط غير

(1) أ. م. د. احمد فنوص حمادي، المهر المؤجل بالشريعة الاسلامية، مجلة كلية اليرموك، عدد4، ج2، 2022، ص 308 .

(2) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص528.

(3) زوين نجا، مصدر سابق، ص 41 .

(4) علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج3، مصدر سابق، ص 95.

(5) برهان الدين ابي المعالي محمود بن احمد الحنفي، المحيط البرهاني، تحقيق : عبد الكريم سامي الجندي، ج3، دار دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004 م، ص 84- ص 87.

(6) علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، مصدر سابق، ص 515.

(7) محمد بن احمد بن ممد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج3، مصدر سابق، ص 43.

(8) ابي المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الروياني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، تحقيق : طارق فتحي السيد، ج9، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2009م، ص387 و ص 507 .

صحيح ويجب توفير مهر المثل⁽¹⁾ أما بالنسبة للحنابلة فيرون انه يمكن تاجيل المهر كلياً او جزئياً الى مدة محددة وكذلك تاجيله الى وقت اليسر او الانفصال مثل الطلاق او الموت⁽²⁾ وإذا كان الاجل غير غير محدد يعتمد على العرف وغالباً ما يكون عند الفراق بين الزوجين⁽³⁾.

و عند النظر لمسألة المهر المقوم بالذهب، فيرى فقهاء الامامية ان المهر في الاصل يجب الوفاء به بما كان عليه في العقد فإذا كان من الاشياء المثلية وجب رد مثله وإذا تعذر عن ذلك وجب رد قيمته كما يعد ضماناً في يد الزوج حتى يتم تسليمه الى الزوجة كما يرون ان المهر المؤجل لا يسقط بالدخول وانما يبقى ديناً في ذمة الزوج حتى يتم الوفاء به⁽⁴⁾ وعليه اذا وقع الطلاق قبل الدخول الدخول استحققت الزوجة نصفه⁽⁵⁾ اما بخصوص انخفاض القيمة الشرائية للنقود فأن فقهاء الامامية المعاصرون يرون ان الزوجة تستحق المبلغ المتفق عليه الا ان هذا المبلغ اذا فقد معظم ماله وقوته الشرائية بمرور الزمن بحيث أصبح لا يحقق قيمته مقارنة بقيمته عند العقد فإنه الاحوط وجوباً التصالح على أساس القيمة الحقيقية للمبلغ مع مراعاة ما يعادله من ذهب او ما جرى عليه العرف عند التقويم⁽⁶⁾.

اما المذهب الحنفي فيرى أنه إذا توقف تداول النقود المتفق عليها مهراً يجب احتساب قيمتها يوم توقف التداول وإذا كان التغير في القيمة بسيطاً مع استمرار التعامل بها فلا يؤثر ذلك على مقدار المهر المستحق⁽⁷⁾ بينما يرى المالكية أن كساد النقد في المهر المؤجل يؤثر على الزوجة وليس لها المطالبة بغير المهر المتفق عليه كما أن المهر مضمون للزوجة بمجرد العقد كما في المبيع، ويتغير

-
- (1) شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، مصدر سابق، ص 342.
 - (2) خالد الرباط و سيد عزت عيد، الجامع لعلوم الامام احمد، دار الفلاح للبحث العلمي و تحقيق التراث، مجلد 15، ط1، 2009م، ص 52.
 - (3) شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، تعليق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ج3، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر، ص 211-212.
 - (4) الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، تلخيص المرام في معرفة الاحكام، تحقيق: هادي القبيسي، مركز الابحاث و الدراسات الاسلامية، ط1، بلا سنة نشر، ص 199.
 - (5) مقداد بن عبد الله الحلي، التتقيح الرائع لمختصر الشرائع، ج3، مكتبة اية الله المرعشي للنشر، ط1، 1404 هـ، ص 235.
 - (6) استفتاء منشور على موقع مكتب سماحة المرجع الديني علي الحسيني السيستاني، السؤال رقم (24) على الموقع الالكتروني <https://www.sistani.org/arabic/qa/0685/> تاريخ الزيارة 2026/5/31 الساعة 13: 28م.
 - (7) خسرو الحنفي، الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام، مكتبة و طباعة مير محمد، بلا سنة نشر، ص 341.

الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول⁽¹⁾ بحسب حالة المهر وما إذا كان قائماً أو تالفاً أما الشافعية فيرون أنه إذا كان المهر من النقود وتعذر وجود مثله، يجب احتساب قيمته وقت المطالبة، وإذا كان له مثل يجب رد المثل سواء ارتفعت قيمته أو انخفضت⁽²⁾. كما يعتبرون أن الصداق مضمون في يد الزوج حتى يتم تسليمه في حين يرى الحنابلة أنه إذا كسدت النقود المتفق عليها مهراً يجب رد قيمتها من نقد آخر. كما أن الزوجة تملك الصداق بالعقد، فإن كان محدداً فإن نماءه وتلفه وضمانه عليها بعد القبض، أما قبله أو عند منع الزوج لها من استلامه فيبقى مضموناً عليه⁽³⁾.

و فيما يتعلق بالتشريع العراقي فقد نظم قانون الاحوال الشخصية أحكام المهر على انه حق للزوجة مرتبط بالعقد الصحيح دون تحديد سقف ادنى او اعلى كما انه منح المحكمة حق في تقدير مهر المثل في حال وجود نزاعات مع اخذ حالة الزوجين والعرف السائد بعين الاعتبار⁽⁴⁾. بينما اشارت المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري في المادة (48)⁽⁵⁾ منه على انه لا يتقدر المهر زيادة ولا نقصان ولا بد ان يكون متعينا .و اشارت ايضا في حالة عدم ذكر المهر في المادة (51)⁽⁶⁾ منه والتي تنص (اذا أهمل ذكر المهر في العقد صح، فإن اتفقا بعده على شيء تعين مهراً وكان كالمذكور فيه، والا فإن دخل بها استحققت عليه مهر مثلاً، ويلاحظ في مقداره حال المرأة وصفاتها من السن والبركة والجمال والشرف وغير ذلك. وإن طلقها قبل الدخول استحققت عليه أن يعطيها شيئاً بحسب حاله من الغنى والفقر واليسار والإعسار. ولو انفصلا قبل الدخول بأمر غير الطلاق لم تستحق شيئاً. وكذا لو مات أحدهم) بينما قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188)

(1) يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق: د. محمد محمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1978م، ص 554.

(2) ابن حجر المكي الهيثمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج3، مصر، بلا سنة نشر، ص 192.

(3) بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج21، هجر للطباعة و النشر، ط1، 1996م، ص 168 و ما بعدها.

(4) أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص 112.

(5) المادة (48) من مدونة الاحكام الشرعية وفق احكام المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025

(6) المادة (51) من مدونة الاحكام الشرعية وفق احكام المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025

لسنة 1959 المعدل اشار الى ذلك في نص المادة (19) منه التي تنص (تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد . فان لم يسم او نفي اصلا فلها مهر المثل)⁽¹⁾ .

وقد نصت المادة (20) من قانون الاحوال الشخصية على امكانية تأجيل المهر او تعجيله كلياً او جزئياً وفي حالة عدم تحديد الاجل يعاد الى العرف السائد وقد جرت المحاكم في تحديد صيغ الاجل⁽²⁾ مثل اقرب الاجلين او عند المطالبة والميسرة او بعد مرور عشر سنوات او اثني عشر سنة وعقد الزواج يعتبر صحيحاً عند ابرامه لكن استحقاق التسليم المهر يتاخر حتى حلول الاجل مع بقاء حق الزوجة ثابتاً وينتقل الى ورثتها⁽³⁾.

اما بالنسبة للمهر المقوم بالذهب فالأصل وفق المادة (1/19)⁽⁴⁾ من قانون الأحوال الشخصية أن الزوجة تستحق المهر المذكور في العقد، فإذا لم يُذكر أو نُفي استحققت مهر المثل ولم يشمل القانون نصاً يعالج حالة انخفاض قيمة المهر أو كساد العملة، لكن المشرع العراقي تدخل عبر قرار

(1) المادة (19) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل
(2) القرار التمييزي الذي جاء (اذ كان على المحكمة إجابة دعوى المدعية بما في ذلك تغيير المهر المعجل واجل استحقاق المهر المؤجل الى المطالبة والميسرة لاتفاق الطرفين على ذلك في محضر جلسة المرافعة، مع التنويه ان عريضة الدعوى وإن كانت قد تضمنت المطالبة بتغيير المذهب فان المقصود به المطالبة بتغيير اجل استحقاق المهر المؤجل وأن تكيف الدعوى يقع ضمن اختصاص المحكمة وإن المحكمة غير ملزمة بالتكيف الوارد بعريضة الدعوى وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته) نقلاً عن : هاشم ستار نعيم المهنا , سلطة المحكمة في تقدير المهر دراسة مقارنة, رسالة ماجستير في القانون الخاص, جامعة الكوفة, 2025 م, ص 59. و القرار الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية و الذي نص (ادعت المدعية بواسطة وكيلها ان المدعى عليه هو زوجها الداخل بها شرعاً و قانوناً بموجب عقد الزواج الرسمي الصادر من هذه المحكمة و لها بذمته مهرها المؤجل البالغ عشرة ملايين دينار يستحق عند المطالبة و الميسرة و عليه قررت المحكمة بالزام المدعى عليه بتأديته مهرها المؤجل البالغ عشرة ملايين دينار ...) القرار الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية, 7183/ش/2024, الصادر بتاريخ 2024/10/10.

(3) هاشم ستار نعيم المهنا, المصدر السابق, ص 58.

(4) جاء في القرار التمييزي (" و لا تستحق الزوجة المهر المؤجل مقوما بالذهب في حالة الطلاق الخلعي لحصوله برضاها القرار التمييزي المرقم ١٧٨٢٤ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية الأولى / ٢٠٢٣ ") الصادر بتاريخ ٢٠٢٣/٢/٢٨ وفي قرار تمييزي آخر (" إن المطالبة بالمهر المقوم بالذهب على وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ ينحصر بحالات الطلاق فقط، ولا تشمل حالات التفريق المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية القرار التمييزي المرقم ٣٧٣٩ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية الأولى ٢٠١٠ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٢٤/١٠) نقلاً عن : هاشم ستار نعيم المهنا, مصدر سابق, ص 173.

مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (127) لسنة 1999 الذي نص على استيفاء المرأة مهرها المؤجل عند الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج وبموجب هذا القرار تقوم المحكمة بالتواصل مع البنك المركزي العراقي أو غرفة التجارة لمعرفة سعر الذهب بتاريخ العقد وبتاريخ الطلاق، ثم يتم احتساب قيمة المهر المؤجل على أساس ما يعادله من الذهب إلا أن هذا القرار كان خاصاً بحالة الطلاق فقط ولم يشمل حالات أخرى مثل الفسخ أو الوفاة أو التفريق القضائي، مما تعرض للانتقاد لعدم تحقيقه المساواة بين الزوجات اللاتي تتشابه مراكزهن القانونية⁽¹⁾ أما المدونة الجعفرية رقم (1) لسنة 2025 فلا يوجد تنظيم للمهر المقوم بالذهب في حالة الطلاق ولا تستحق المطلقة المدخول بها غير المهر المؤجل دون غيره وهذا ما اشارت اليه القضاء في العديد من الاحكام القضائية⁽²⁾ الا انه اذا كان المهر فاقد قيمته فإنه استنادا الى رأي المجلس العلمي في الاخذ بتقويم المهر بالذهب عند توافر شروطه بما ينسجم مع احكام المذهب الجعفري⁽³⁾

وقد اشارت المدونة الى بعض الاحكام التي غفل عنها القانون الاحوال الشخصية حيث اشارت المادة (54)⁽⁴⁾ منه على انه يمكن ان ينص في عقد الزواج على ان يكون الزوج وكيلا عن زوجته في

(1) هاشم ستار نعيم المهنا، مصدر سابق، ص 173.

(2) جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية ("على صحة الحكم القاضي برد دعوى الزوجة المطالبة بالمهر المؤجل مقوماً بالذهب، استناداً إلى رأي المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي الذي انتهى إلى أن المهر المؤجل لا يقوم بالذهب، وأن المطالبة تكون بالمبلغ المسمى في عقد الزواج، لذلك صدقت المحكمة الحكم وردت الطعن التمييزي") قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 2025/11315، بتاريخ 2025/12/8. و جاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية (" بنقض الحكم الذي ألزم الزوج بأداء المهر المؤجل مقوماً بالذهب، مؤكدةً وجوب مراعاة ما استقر عليه قضاؤها بشأن تطبيق أحكام المذهب الجعفري عند اختيار الزوجين الخضوع له، وأن الحكم المطعون فيه لم يراع التوجيهات الواردة في قرار النقض السابق، لذلك قررت نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير بها وفق ما رسمه القرار التمييزي") قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 2026/2022، بتاريخ 2026/9/2 .

(3) إذا أن المبلغ المذكور (عشرة آلاف دينار) قد نقصت مالىته فعلاً، بحيث صارت غير معتد بها قياساً إلى مالىته في ذلك الزمن (1989/8/20)، فإن مقتضى الاحتياط هو تراضيهما على التقويم بالذهب، لتدارك النقص الحاصل بين الطرفين عن نصف ذلك، والله الموفق. جواب المجلس العلمي الصادر عن المرجع الديني السيد علي الحسيني السيستاني بتاريخ 2025/11/13 .

(4) المادة (54) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي نصت ("يصح أن يشترط الزوج في عقد الزواج أن يكون هو - مثلاً - وكيلاً عن الزوجة في إبراء ذمته مما يبقى عليه من مهرها وفي تملك نفسه ما يعود اليها من ممتلكات عينية مشتراة بالمهر أو مهداة اليها من قبله أو من قبل أقربائه عند الزواج فيما إذا اضطر الى طلاقها في حالات معينة، كسوء عشرتها بحد يصعب تحمله جداً، أو مع تبين اصابتها من قبل الزواج

بعض الأمور المتعلقة بالمهر وكما اوضحت المادة (55)⁽¹⁾ من المدونة انه في حالة حدوث خلاف بين الزوجين حول قيمة المهر فان كلمة الزوج هي السائدة مع اليمين الا اذا استطاعت الزوجة اثبات ادعائها بدليل موثوق وشارت المادة (56)⁽²⁾ منه اذا ادعى الزوج انه سلم المهر لزوجته لكنها انكرت بعد ذلك وليس لديه دليل يؤكد ادعائه فان القول يكون لصالح الزوجة مع يمينها .⁽³⁾ مما جاءت منسجمة مع التشريعات الاخرى⁽⁴⁾.

وعند اختلاف المذاهب بين الزوجين فقد يتضح تأثير الآراء الفقهية المختلفة في تفسير بعض الجوانب مثل اعتبار الخلوة سببا لكمال المهر او كيفية تقدير مهر المثل واثار الفسخ قبل الدخول وهذا يكون واضحا بصورة خاصة اذا اختار الطرفان تطبيق المدونة الجعفرية والتي تؤكد ان المهر هو حق مالي خالص للزوجة يتبين في العقد الصحيح وانه ليس عنصرا اساسيا في العقد الدائم وتسمح بعدم تسميته مع تأكيد وجود مهر المثل مع ضرورة تسميته في الزواج المؤقت لضمان صحة العقد دون فرض حد ادنى او اعلى له مع أستحباب التيسير وعدم المبالغة وأشتراط الدخول الفعلي لاستحقاقه بالكامل .

بمرض مزمن يخل بالحياة الزوجية والعيش المشترك - ومنه بعض الأمراض النفسية كالكابة الحادة المثبتة طبياً - أو هجرها لبیت الزوجية من دون عذر مقبول مدة غير قصيرة أو ممارستها لبعض الفواحش كالزنا والسحاق أو مجاهرتهما ببعض المنكرات و المحرمات في المأى العام "

(1) المادة (55) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 او التي نصت ("اذا اختلف الزوجان في مقدار المهر كان القول قول الزوج بيمينه الا أن تثبت الزوجة دعواها ببيئة أو نحوها. وهكذا إذا ادعت الزوجة أن عينا معينة - كدار - مهر لها وأنكر الزوج ذلك، فإن القول قوله بيمينه ما لم تقم البيئة.").

(2) المادة (56) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025

(3) أ . د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص120 - ص 121.

(4) المادة (1081) من القانون المدني للجمهورية الايرانية و التي تنص على ("إذا نص قانون الزواج على شرط يقضي بإلغاء الزواج إذا لم يتم دفع حصة الزواج خلال فترة محددة ، فسيظل الزواج وجزء الزواج ملزمين وأصيلين ولكن الشرط سيكون باطلاً") و المادة (1082) من القانون المدني للجمهورية الايرانية و التي تنص على ("فور أداء مراسم الزواج تصبح الزوجة صاحبة حصة الزواج ويمكنها التصرف فيه بأي طريقة وطريقة تريدها.") و المادة (1083) من القانون المدني للجمهورية الايرانية و التي تنص على (" يمكن تحديد مدة أو أقساط لدفع جزء الزواج كلياً أو جزئياً.")

وقد اتجه القضاء العراقي الى تطبيق هذه الاحكام عمليا اذ ان محكمة التمييز الاتحادية اشارت في العديد من القرارات القضائية في هذا الصدد فيما يخص استحقاق المهر حيث اشارت على انه ("يستدل على المذهب الجعفري بأستحقاق المهر عند المطالبة والميسرة فان الحق للطرفين تعديل احكام العقد وفق التعديل دون موافقة الطرف الاخر اما اذا لم يتضمن عند المطالبة والميسرة كأن يكون عند اقرب الاجلين فيجب موافقة طرفاه")⁽¹⁾ وكذلك في مسألة انقاص المهر حيث اشار الى ("وان المدعي قدم طلب تنقيص المهر المؤجل من خمسة عشر مليون الى خمسة ملايين الا ان المحكمة قضت بالمهر المؤجل على اعتباره خمسة عشر مليون حيث انها حسمت الدعوى خلافا لوجهة النظر المتقدمة لذا قرر نقض الحكم واعادة الدعوى للمحكمة ...")⁽²⁾ وكذلك في حالة مطالبة الزوجة بالمهر المؤجل حيث قضت ("اذ كان على المحكمة مراعاة الاصل الوارد في عقد الزواج لاستحقاق المهر المؤجل وهو اقرب الاجلين الطلاق او الوفاة باعتباره يمثل ارادة الطرفين ولعدم تحقق اي من الاجلين المذكورين وعدم حصول اتفاق في استحقاق المهر وان مجرد الدخول لا يؤدي الى حلول اجل الاستحقاق")⁽³⁾ وجاء في القرار التمييزي ايضا (" لان الزوجة تستحق كامل مهرها بالدخول استنادا لأحكام المادة الحادية والعشرين من قانون الاحوال الشخصية وانه بالرجوع للفقهاء الذي يتبعه المتدعيان فانه يأخذ بالدخول الحقيقي وليس الحكمي مراعاة ذلك في حكمها")⁽⁴⁾.

و يتجلى أثر الاختلاف المذهبي في المهر من خلال اختلاف الاحكام المتعلقة بتحديدته وأستحقاقه وتقديره فبالنسبة لقانون الاحوال الشخصية رقم (188) سنة 1959 المعدل فإنه لم يعالج مسألة الاختلاف المذهبي ولم يحدد ما هو الاثر الذي يترتب على اختلاف المذاهب بالنسبة لمسائل المهر, كما ان الفقه الحنفي ان موعده استحقاق المهر لديهم عند اقرب الاجلين اي (الطلاق - الوفاة) بينما المدونة اعتمدت على المذهب المامي (الجعفري) حيث ان الامامية اعتبر المهر بمثابة دين في ذمة الزوج يستحق عند المطالبة والميسرة.

-
- (1) القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1 /تظلم / 2025 بتاريخ 10 /4/2025 غير منشور .
 - (2) القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 14839 / 2025 بتاريخ 26/10/2026 غير منشور .
 - (3) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 17201 / 2025 بتاريخ 14/12/2025 غير منشور .
 - (4) القرار التمييزي المرقم 4798 /هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2022 . نقلا عن : هاشم ستار نعيم المهنا, مصدر سابق, ص59.

ويظهر تأثير الاختلاف المذهبي في أحكام المهر من خلال اختلاف وجهات نظر الفقهاء بشأن بعض القضايا الأساسية، مثل ضرورة تحديد المهر، ومقداره، ووقت استحقاقه، وتأثير الخلوة أو الدخول في إتمامه، مما ينعكس على التطبيق التشريعي والقضائي خصوصاً عند اختلاف المذهب بين الزوجين.

اذ تثار الاشكالية في تحديد المذهب الواجب التطبيق، وهل يعتد بمذهب الزوج بأعتباره رب لاسرة ؟ ام بمذهب الزوجة بأعتباره حقا خالصا لها ؟ فقد اتجه القضاء العراقي غالبا الى تغليب الحل القانوني وتحقيق العدالة الواقعية مع الاستفادة من جميع الآراء الفقهية المختلفة بما يحقق استقرار الاسرة في قانون الاحوال الشخصية حيث اخذ بالاصل تطبيق نصوص القانون والرجوع الى الفقه عند غياب النص او وجود نقص في التشريع دون تمييز بين المذاهب وهذا الاتجاه يعكس رغبة المشرع في منع تحول الاختلاف المذهبي الى سبب في اضطراب العلاقات الاسرية وهذا سستثير اشكالية حول مدى امكانية التوفيق بين القانون الموحد والمدونة الفقهية ؟ نلاحظ ان القضاء العراقي أصبح يشكل مركز الثقل في ادارة أثار الاختلاف المذهبي في الاحوال الشخصية اذ لم يعد مجرد منفذ للنصوص وانما مؤسسة تفسيرية واصلاحية تعمل على تحقيق التوازن بين التعدد المذهبي والواقع الاجتماعي وبذلك فإنه قادر على تحويل الاختلاف المذهبي من عامل نزاع الى عنصر لا يؤثر الا بالقدر الذي يخدم العدالة ومصلحة الاسرة .

وإن الاختلاف في المذهب حول المهر يترك تأثيراً واضحاً في كيفية تحديده واستحقاقه وحتى في آثار عدم تحديده أو تأجيله، لكن معظم المذاهب اتفقت على أنه حق مالي ثابت للزوجة ونعتقد أن الرأي الذي يرى بصحة عقد الزواج رغم عدم تحديد المهر مع استحقاق الزوجة لمهر المثل هو الأكثر تحقيقاً لاستقرار الأسرة وحماية حقوق الزوجة.

كما أن قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل ساهم في توحيد الأحكام المتعلقة بالمهر وتقليل آثار الاختلاف المذهبي، بينما جاءت المدونة الجعفرية رقم (1) لسنة 2025 أكثر ارتباطاً بأحكام الفقه الإمامي ونرى أن توحيد المعالجة القانونية لقضايا المهر مع الاستفادة من الاجتهادات الفقهية المختلفة عند الحاجة يعد أفضل لتحقيق العدالة والاستقرار الأسري، مع بقاء دور القضاء أساسياً في معالجة المشكلات الناتجة عن الاختلاف المذهبي بين الزوجين.

الفرع الثاني

أثر الاختلاف المذهبي في مسائل النفقة

تعد النفقة من الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج حيث تمثل التزاماً قانونياً وشرعياً يقع على عاتق الزوج تجاه زوجته حيث يوجب الشرع والقانون على الزوج تأمين احتياجات المعيشة للزوجة والاولاد لضمان استقرار الأسرة والحياة الزوجية⁽¹⁾ لكن قد يتأثر هذا الالتزام في بعض الحالات خاصة عند نشوز الزوجة مما يثير مسألة فقهية وقانونية تتعلق بحق الزوجة في استحقاقها النفقة⁽²⁾ بينما تبقى نفقة الاولاد تحت اهتمام خاص بسبب ارتباطها بحقوقهم الاساسية وذلك لانهم الطبقة الضعيفة في المجتمع وانهم قد يتعرضون لظلم من ابائهم وذلك عند تركهم دون وارد ونفقة⁽³⁾.

وعرفت (النفقة) بعدة تعريفات فمنهم من عرفها بانها الشيء الذي يقدمه الانسان لما يحتاجه هو او غيره من الطعام والشراب وغيرهما⁽⁴⁾ وعرف البعض الاخر (النفقة) هي تقديم الشخص مؤونه من تجب عليه نفقته من خبز وكسوة ومسكن وما يتبعه فتكون واجبة على الزوج⁽⁵⁾ وقد تم تعريف (النفقة) بتعريف اخر وهي ما ينفقه الانسان على زوجته وعياله وأقاربه ومملكه من طعام وكسوة والخدمات⁽⁶⁾.

وقد استدلت الفقهاء على وجوب النفقة على الزوج وذلك بأدلة متعددة في الكتاب والسنة ومنها قوله تعالى (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم)⁽⁷⁾ وقوله تعالى (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا)⁽⁸⁾

(1) سعدة رومبا و احمد محمد بيشي، ماهية النفقة الاسرية و شروط استحقاقها في الفقه الاسلامي، مجلة المعهد الجامعي، عدد48، بلا مجلد، 2024 م، ص24 .

(2) د. حمد علي العازمي، نشوز الزوجة و أثره في سقوط الحقوق المالية، مجلة كلية البنات الازهرية، عدد5، بلا مجلد، 2021م، ص 508 .

(3) أكرم زاده الكوردي، احكام نفقة الاولاد دراسة مقارنة بين القانون العراقي و الشريعة الاسلامية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، عدد1، مجلد 8، 2022، ص944.

(4) محمد قاسم عبد الامير، نفقة الزوجة (دراسة قانونية مقارنة)، بحث منشور، جامعة ديالى، 2016 م، ص9.

(5) محمد الغروي و ياسر مازح و عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة و فقه اهل البيت، مصدر سابق، ص 656.

(6) بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، مصدر سابق، ص 232.

(7) سورة النساء، الاية : 34.

(8) سورة النساء، الاية : 19 .

و في السياق الفقه الاسلامي, فقد اختلف الفقهاء في الاساس الذي تبني عليه النفقة فيعتقد فقهاء المذهب الجعفري (الامامي) ان نفقة الزوجة واجبة على الزوج متى تحقق عقد الزواج الصحيح مع تمكين الزوجة نفسها بالكامل لزوجها حيث يعتبر التمكين أساس أستحقاق النفقة وعليه اذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها أو خرجت عن طاعته بدون سبب شرعي فتعتبر ناشزا مما يؤدي الى سقوط نفقتها طوال فترة النشوز⁽¹⁾ ومع ذلك يوضح فقهاء الامامية ان نفقة الاولاد تبقى واجبة على الاب لانها حق ثابت لهم ولا تتأثر بالخلاف بين الزوجين⁽²⁾.

اما فقهاء المذهب الحنفي فيعتقدون ان النفقة واجبة للزوجة مقابل احتباسها لزوجها وتمكينه من حقوقه الزوجية لان عقد الزواج اذا تم بشكل صحيح أصبحت الزوجة حلال للزوج ويحق له الاستمتاع بها وحده⁽³⁾ اذ انه الحنفية لا يشترطون الدخول او الانتقال الى بيت الزوجية لوجوب النفقة وانما بالعقد بالعقد الصحيح مع استعداد الزوجة للاحتباس يكفي لوجوب النفقة الزوجية على الزوجة⁽⁴⁾ فإذا امتنعت عن ذلك دون سبب مشروع تعتبر ناشزا ويسقط حقها في النفقة وبينما يرى المالكية انه عندما يتم عقد الزواج لا يجب النفقة للزوجة الا اذا تم تمكينها والاستمتاع بها والتمكين يعرف الاستمتاع والاستعداد له⁽⁵⁾ والشافعية يرى ان النفقة الزوجية لا تكون واجبة بالعقد وانما بالتمكين يوما بيوم⁽⁶⁾ واوضحت فقهاء الشافعية المقصود بالتمكين فقالوا يقصد به يتطلب شيئين لا يتم الا بهما وهو القدرة على الاستمتاع بها والقدرة على النقل معها في المدينة التي يريد تزوجها فيها⁽⁷⁾ والحنابلة فان رأيهم مشابه لرأي الشافعية حيث قيد الحنابلة التمكين بالتسليم التام فاذا كان التمكين غير تام فلا يجب لها

(1) ابي جعفر محمد بن منصور بن ادریس الحلي , كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي , مؤسسة النشر الاسلامي , ج2 , ط2 , قم , 1410 هـ , ص 654 و منذر عبد العزيز الشمالي, الاحوال الشخصية في الفقه الجعفري, المعارف, الاسكندرية, 2006م, ص212 و محسن العصفور, قانون الاحوال الشخصية على ضوء الفقه الجعفري, المكتبة الوطنية, البحرين, 2014م, ص240 .

(2) ابي جعفر محمد بن منصور بن ادریس الحلي , المصدر السابق , ص656 و منذر عبد العزيز الشمالي, المصدر السابق, ص211.

(3) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني, بدائع الصنائع, ج5, مصدر سابق, ص107.

(4) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني, بدائع الصنائع, ج5, مصدر سابق, ص108.

(5) د. عبد الرحمن الغرياني, مدونة الفقه المالكي و ادلته, ج2, مؤسسة الريان, ط1, 2002م, ص 639.

(6) النووي, روضة الطالبين و عمدة المفتين, ج9, المكتب الاسلامي, ط3, 1991م, ص 54.

(7) النووي, المصدر السابق, ص 54 و ما بعدها .

النفقة الزوجية وكذلك اشترطت التسليم في منزل او بلد معين بعد العقد وان لم يشترطه اثناء العقد⁽¹⁾ .
اي ان النفقة تجب للزوجة عند فقهاء الجعفرية تكون واجبة دائما مع التمكين وهي تشمل الطعام والملابس والسكن بينما الحنفية تكون واجبة عند عقد الزواج الصحيح اما المالكية يؤكدون انه لا يجب الا اذا كان الزوج قادرا والزوجة راضية واخيرا الشافعية فهي تجب بالتمكين العام والحنابلة يتفقون مع ذلك لكن بشرط عدم النشوز⁽²⁾ .

ومن ابرز المسائل الخلافية في النفقة هي مسألة سقوط حق الزوجة في النفقة (النشوز) فيعتقد فقهاء الامامية أن نشوز الزوجة يحدث عندما تمتنع عن طاعة زوجها في الحقوق الزوجية الواجبة عليها او ترفع نفسها عليه مثل ان تغير ما اعتادت عليه اداب الزوج او لا تتيح له حقوقه الشرعية⁽³⁾ .
اي ان وان كان المذهب الامامي يقر بسقوط النفقة عند النشوز الا انه يشدد على ضرورة ثبوت امتناع الزوجة دون مبرر شرعي وياخذ بنظر الاعتبار حالات الضرر وسوء معاملة الزوج .
في حين بقية المذاهب يرون ان الزوجة الناشز هي التي تغادر منزل زوجها دون اذنه او تمنع نفسها عنه دون حق مما يؤدي الى الاخلال بالحقوق المرتبطة بعقد الزواج⁽⁴⁾

أن نشوز الزوجة يعني عموما عصيان الزوجة لزوجها ورفض لاداء ما هو واجب عليها من حقوق زوجية مثل تمكينه الاستمتاع بها ومغادرتها بيت الزوجية دون اذنه ودون مبرر شرعي ومع ذلك فأن هنالك حالات يسمح للزوجة بترك بيت الزوجية ولا تعتبر ناشزا اذا كان هنالك سببا مشروع او ظرف غير متوقع يستدعي ذلك مثل حادث مفاجى او حالة مرض تستوجب الخروج او سماع بوفاة

-
- (1) ابن قدامة , مصدر سابق , ص 445 و ص 548 و بلفار كريم و دافي بشير , النفقة الزوجية في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري, رسالة ماجستير في العلوم الاسلامية, 2020م, ص19.
 - (2) أ.م.د محمد علي حسين احمد الطائي, الاحكام الفقهية والقانونية للحقوق الزوجية و سلطات الزوجين و اثرها في استقرار الزواج, مجلة البحوث و الدراسات الاسلامية, عدد81, بلا مجلد, ج1, 2025م, ص 99.
 - (3) ابي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي, شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام, ج2, تحقيق : عبد الحسين محمد علي, ط3, مؤسسة المعارف, 1426هـ, ص 387.
 - (4) ابن نجيم الحنفي, البحر الرائق شرح كنز الدقائق, ج4, اخراج : زكريا عميرات, دار الكتب العلمية, لبنان, 1997م, ص 303 و 304. و واثم عبد علي حاتم الدباغ, النشوز من قبل الزوج كسبب من أسباب التفريق, مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية, عدد1, مجلد 7, 2023 م, ص43. و شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني, مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج, مصدر سابق, ص 426.

أحد والديها أو أصابتهما بشيء خطير ففي هذه الحالات يجوز لها ترك بيت الزوجية ولا تعتبر ناشزا (1).

أما بالنسبة لنفقة الأولاد فإن الأصل في وجوب النفقة على الأب في الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (2) وقوله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (3)، حيث أوجبت الشريعة الإسلامية على الأب نفقة أولاده وما يحتاجونه من طعام وشراب وملابس وسائر متطلبات الحياة وانعقد الإجماع على ذلك حيث نقل ابن المنذر اتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الرجل على أولاده الأطفال الذين لا مال لهم حيث قال «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم» وبناءً على ذلك اتفق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على وجوب نفقة المحضون في مال أبيه إذا لم يكن له مال (4).

و بذلك نرى ان الفقهاء المسلمين بمذاهبهم المختلفة يتفقون على مبدأ سقوط نفقة الزوجة بالنشوز مع ابقاء نفقة الاولاد ثابتة على الاب .

ومن هنا يثور تساؤل : في هل سقوط نفقة الزوجة بسبب النشوز هو حكم مطلق في كل الحالات ام ان هنالك حالات يمكن ان تستحق فيها الزوجة النفقة رغم وجود خلاف مع زوجها ؟
و يمكن الرد على هذا التساؤل في ان اتفق الفقهاء بأنه الاصل سقوط نفقة الزوجة عند تحقق النشوز لكنهم اشترطوا ثبوت النشوز بشكل واضح فاذا كانت مغادرة الزوجة بيت الزوجية نتيجة ضرر تعرضت له او بسبب امتناع الزوج عن اداء واجباته فلا تعتبر ناشزا وبالتالي لا يسقط حقها في النفقة (5).

(1) د. عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، ط1، السعودية، 1984م، ص225-ص230.

(2) سورة الطلاق، الآية : (6) .

(3) سورة البقرة، الآية : (233).

(4) شهيرة مكاري، حق الطفل في النفقة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في قانون الاسرة، الجزائر، 2020 م، ص 16-ص18. و اكرم زاده الكوردي، مصدر سابق، ص 950 .

(5) بلفار كريم و دافي بشير، مصدر سابق، ص 43.

أما على مستوى التشريع فقد نظم قانون الأحوال الشخصية أحكام النفقة بشكل واضح إذ نصت المادة (1/23)⁽¹⁾ منه على وجوب نفقة الزوجة على زوجها والتي تشمل الطعام والكسوة والسكن وما يقتضيه العرف بينما مدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رغم عدم أشارتها الى مثل هذا النص إلا انه يمكن ان يفهم ضمناً من خلال لفظ الزوجة حيث يجب ان يكون هنالك عقد زواج استناداً الى رأي فقهاء الامامية وعليه ان الزوجة تستحق النفقة وان كانت في بيت اهلها وهذا ما اشار اليه قانون الأحوال الشخصية في المادة (3/23)⁽²⁾ منه التي تنص على ان ("تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت اهلها ألا اذا طالبها الزوج بالانتقال الى بيته فأمتنعت بغير حق") وهذا ما يمكن ملاحظته في المواد (65)⁽³⁾ و (67)⁽⁴⁾ و (68)⁽⁵⁾ من مدونة الأحكام الجعفرية التي اشترطت لاستحقاق النفقة ان تمكن الزوج بالاستمتاع بالزوجة وتمكينه في سائر الامور المشروعة وان نفقة الزوجة مرتبطة بمسالة حق احتباس الزوج لها

(1) المادة (1/23) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل التي تنص على ("تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ...")

(2) المادة (3/23) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(3) المادة (65) من مدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص ("المادة - 65 - حقوق الزوج على الزوجة هي:

أولاً: تمكينه من الجماع وغيره من الممارسات الزوجية المتعارفة وعدم منعه عنها إلا لعذر مقبول شرعاً، ككونها في أيام الحيض أو النفاس أو تضررها ضرراً معتداً به بسبب الجماع مثلاً. ويصح أن تشترط في عقد الزواج أن لا يلزمها بالجماع ونحوه ولا يمارسه الا بموافقتها، فيلزمه الوفاء به..

ثانياً: أن لا تخرج من بيت سكنها من دون إذنه، إلا لحاجة ضرورية كالعلاج أو نحوه مما تتضرر أو تقع في حرج بالغ بتركه أو يتوقف عليه أداء واجب كحجة الإسلام ويلزم الزوج الإذن لها بزيارة أقربائها ونحو ذلك بالمقدار")

(4) المادة (67) من مدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على ("حقوق الزوجة على الزوج هي:

أولاً: أن ينفق عليها بالغذاء واللباس والمسكن والعلاج وسائر ما تحتاج إليه بحسب حالها بالقياس إليه.

ثانياً: أن يعاشرها بالمعروف فلا يؤذيها ويعتدي عليها ويعاملها بخشونة من دون مبرر .

ثالثاً: أن لا يهجرها رأساً ويجعلها كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة")

(5) المادة (68) من مدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على انه انه (" اذا نشزت الزوجة بتركها بيت الزوجية من دون إذن الزوج لم تستحق النفقة عليه، وهكذا مع عدم تمكينه مطلقاً من الجماع ونحوه من دون عذر وإن لم تخرج من عنده. وللزوج رفع أمره الى القاضي لإلزامها بترك النشوز وأداء حقوقه الزوجية")

(1) كما اوضحت المادة (25) (2) منه على ان الزوجة الناشز لا تستحق النفقة طوال فترة نشوزها اما بالنسبة لمدونة الاحكام الجعفرية فقد اشارت للنشوز في المادة (68) سابقة الذكر وبالنسبة للاولاد فقد ألزم القانون الاب بالانفاق عليهم طالما انهم غير قادرين على الكسب حيث اشار اليه قانون الاحوال الشخصية في المادة (59) (3) منه والتي تنص (" ذا لم يكن للولد مال فنفقته على ابيه ما لم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب") ويشترط لاستحقاق النفقة فقر الابن وعجزه عن الاكتساب وهم الابن الصغير والبنت الى ان تتزوج وكذلك الابن الكبير العاجز عن العمل وان يكون الاب قادرا على العمل والانفاق (4) بينما مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فقد اتجهت في نفس اتجاه المشرع العراقي في نص المادة (60) منه واشارت اليه ايضا في المادة (103) (5) الى توضيح الترتيب الترتيب الهرمي ممكن تجب عليه نفقة الطفل الصغير عند عجز الاب وهي مسألة مهمة في الفقه الجعفري تقوم على قاعدة ("النفقة تجب على الاصول الاقرب فالأقرب عند الحاجة") (6).

(1) يقصد بالاحتباس ان تكون الزوجة قادرة للدخول في طاعة الزوج و تسليم نفسها له من غير ان يوجد مانع يمنع ذلك و الاحتباس قد يكون حقيقي و هو يقصد به دخول الزوجة فعلا في طاعة الزوج و ممارسة الحقوق المشروعة بينما الاحتباس الحكمي يكون من خلال استعداد الزوجة للانتقال الى بيت الزوج و تمكينه من نفسها حتى و ان لم يحصل الدخول و ان الفقهاء المسلمون مختلفين في هذه المسألة فقد ذهب الحنفية الى وجوب احتباس و ذلك لاستحقاق النفقة بينما اشترط المالكية لاستحقاق النفقة ان يكون هنالك دخول او قد تكون صالحة للوطء . محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و اثاره، مصدر سابق، ص 297 ص 298.

(2) المادة (25) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل التي تنص على (لا نفقة للزوجة في الاحوال الاتية : -

ا - اذا تركت بيت زوجها بلا اذن، وبغير وجه شرعي .

ب - اذا حبست عن جريمة او دين .

ج - اذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي .

(3) المادة (59) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(4) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية و تعديلاته، مصدر سابق، ص 243.

(5) المادة (103) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على انه (" يثبت حق الإنفاق للولد مع فقد الأب أو إعصاره على جده لأبيه وإن علا الأقرب فالأقرب، ومع فقده أو إعصاره فعلى أمه، ومع فقدها أو إعصارها فعلى أبيها وأمها وأبي أبيها وأم أبيها وأم أبيها وهكذا الأقرب فالأقرب.").

(6) أ . د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثارهما، مصدر سابق، ص 375.

وفي هذا الإطار يبرز تساؤلاً قانونياً مهم : هل يتمشى تنظيم النفقة في قانون الأحوال الشخصية العراقي مع جميع الآراء الفقهية ام انه اتبع منهاجاً فقهيّاً معيناً ؟ وما الحكم في حالة اختلاف مذهب الزوجين اذا كانت الدعوى قيد نظر المحكمة وتم تطبيق احكام المدونة الجعفرية ؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول ان المشرع العراقي وفق قانون الأحوال الشخصية كما ذكرنا سابقاً انه لم يلتزم بمذهب فقهي واحد وانما استند الى مجموعة الآراء الفقهية⁽¹⁾ لكن الاتجاه نحو تطبيق المدونة الجعفرية فإنها في بعض الحالات تؤدي الى تطبيق قواعد فقهية خاصة بالمذهب الجعفري مما قد يثير اشكاليات عملية في حالة اختلاف مذهب الزوجين حيث ان قانون الأحوال الشخصية فقد نظم النفقة باعتبارها الالتزام القانوني على الزوج واعطى للمحكمة سلطة تقدير مقدارها وفق حال الزوجين وسمح القانون بتقديرها بصورة تتناسب مع الواقع الاجتماعي وانما يأخذ بنظر الاعتبار الظروف الاجتماعية وطبيعة العلاقة الزوجية ومدى تعسف احد الزوجين ولذلك يؤكد على وجوبها للزوجة مع ربطها في العلاقة الزوجية الصحيحة وانها منحت القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة وحالات سقوطها مع مراعاة الظروف الواقعية حيث ان القاضي يمنح سلطة تقديرية واسعة خصوصاً في مثل هذه القضايا كالنفقة مع تقدير التعويضات وان القضاء العراقي لا يعير اي وزن للاختلاف المذهبي اذ يتعامل معها بوصفها التزاماً قانونياً ثابتاً للزوج ويقوم القضاء على تقدير النفقة حسب قدرة الزوج المالية ومراعاة مستوى المعيشة .

اما من حيث التطبيق القضائي فقد استقرت محكمة التمييز الاتحادية على ان الاصل في النفقة واجبة على الزوج اتجاه زوجته كما قضت بأن مغادرة الزوجة للمنزل دون اذن زوجها او دون سبب مشروع تعد من حالات النشوز التي تؤدي الى سقوط نفقتها⁽²⁾ وهذا ما ذهب اليه القضاء العراقي مؤخراً من خلال تطبيق احكام مدونة الاحكام الشرعية الجعفرية حيث قضت في قرار لها ("الحكم

(1) د. احمد الكبيسي، المختصر في شرح قانون الأحوال الشخصية و تعديلاته، مصدر سابق، ص 8-ص 9.

(2) حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (سقوط النفقة عن الزوجة بمجرد خروجها عن دار الزوجية دون اذن و عذر شرعي و عليه فانها لا تستحق النفقة بكافة انواعها عملاً بأحكام المادة (1/25) من قانون الأحوال الشخصية) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، العدد 12626/2025، بتاريخ 2025/9/14 غير منشور . و جاءت ايضا في قرار اخر (اذ تبين من الحجة المبرزة ان المدعي المميز قد أختار تطبيق احكام المذهب الشيعي الجعفري على مسائل الأحوال الشخصية مما كان على محكمة الموضوع مفاتحة المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي لبيان الرأي الشرعي بخصوص موضوع الدعوى عملاً بأحكام القانون رقم 1 لسنة 2025) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 12265/ 2025، بتاريخ 2025/9/3 غير منشور .

بنشور الزوجة حيث انها نشزت الزوجة وذلك بترك الزوجة بيت الزوجية من دون اذن زوجها ومن دون عذر شرعي ...⁽¹⁾

وقضت ايضا بخصوص قطع النفقة عن الولد بالغ سن الرشد في قرار لها (حيث قرر عدم استحقاق المدعى عليه للنفقة ..)⁽²⁾ ايضا في قرار اخر (بقطع النفقة عن البنت كونها تعمل في مجال مهنة المحاماة ..)⁽³⁾

يتبين أن الاختلاف المذهبي في النفقة لا يقتصر على الجوانب النظرية وإنما يمتد إلى تعريف أساس استحقاق الزوجة للنفقة وحالات سقوطها، إذ يربط الفقه الإمامي استحقاق النفقة بالتمكين الفعلي واستمرار العلاقة الزوجية بصورة تحقق هدف الزواج في حين يتجه الفقه الحنفي إلى التوسع في تقرير النفقة بمجرد العقد الصحيح مع استعداد الزوجة للانفصال وقد انعكس هذا التباين على التنظيم التشريعي، إذ اعتمد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 اتجاهاً أكثر مرونة يهدف إلى حماية الزوجة والأسرة، بينما جاءت المدونة الجعفرية أقرب إلى الأسس الفقهية للمذهب الإمامي ونرى أن الاتجاه الذي يوازن بين حق الزوجة في النفقة وحق الزوج في الطاعة المشروعة هو الأكثر ملائمة للواقع العملي.

و نلاحظ ايضا أن الاختلاف المذهبي يترك أثراً واضحاً في مسائل النفقة الزوجية خصوصاً في الحالات التي تتعلق بسقوط نفقة الزوجة أو أستحقاقها حيث ان بعض الاحكام تختلف باختلاف الاساس الفقهي التي تستند عليه وتبين ذلك بعد التعديلات التشريعية من خلال تطبيق المدونة الجعفرية في بعض مسائل الاحوال الشخصية مما يؤدي الى اختلاف المعالجات القضائية للمنازعات التي تتعلق بالنفقة تبعاً للمذهب المختار من قبل الزوجين وان التعدد المذهبي كما ذكرنا سابقاً قد يثير أشكالاً تتعلق بوحدة الاحكام .

المطلب الثاني

أثر الاختلاف المذهبي في تحديد أرث الزوجة

-
- (1) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 6915 /ش/ 2025 بتاريخ 2025/12/16 غير منشور .
 (2) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 132 / هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2026 بتاريخ 2026/1/12 غير منشور .
 (3) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 18156 /هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2025 بتاريخ 2025/12/28 غير منشور .

يعد الإرث من المسائل المالية الأساسية التي تؤثر بشكل مباشر في كيان الأسرة لأنه يؤثر في إعادة توزيع الثروة بعد وفاة المورث مما يجعله من أكثر المواضيع تأثيراً بالخلافات الفقهية بين المذهب الإسلامية ولا يقتصر هذا التأثير على الجانب النظري وإنما يمتد إلى التطبيق العملي خصوصاً في المجتمعات ذات الانتماءات المذهبية المتنوعة كالمجتمع العراقي حيث قد يكون الزوجان أو الورثة من مذاهب مختلفة وفي هذه الحالة يظهر السؤال حول القانون أو المذهب الذي يجب تطبيقه ؟ ومدى تأثير ذلك على نصيب الزوجة سواء في مقدار حصتها أو مقدار ما ترثه؟ وقد أظهرت التطبيقات القضائية بالإضافة إلى ما هو موجود في المدونة الجعفرية أن الخلاف المذهبي لا يقتصر أثره على اختلاف النسب وإنما يمتد أثره إلى نظام الإرث مما يؤدي إلى نتائج عملية مختلفة قد تكون في صالح الزوجة أو العكس .

وعليه يتناول هذا المطلب بيان تأثير الاختلاف المذهبي في مسائل الإرث مع الإشارة إلى آثار ذلك على التطبيق القضائي وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين سوف نتناول في الفرع الأول أثر الاختلاف المذهبي في تحديد أرث الزوجة وسنتناول في الفرع الثاني موقف القضاء العراقي من مسائل التوارث .

الفرع الأول

مدى تأثير الاختلاف المذهبي في تحديد أرث الزوجة

يظهر أثر الاختلاف المذهبي في مسائل الإرث بشكل أوسع من غيره من موضوعات الأحوال الشخصية لأن نظام الإرث من أقدم الأنظمة التي عرفها الإنسان إذ يرتبط بفطرته المتمثلة في حب البقاء والسعي لتخليد أثره بعد موته من خلال نقل أمواله إلى ورثته من ذريته أو أقاربه في حالة عدم وجودهم ⁽¹⁾. ومع ذلك، لم تكن هذه الرغبة في الفترات التي سبقت ظهور الديانات السماوية محكومة بقوانين موضوعية وإنما كانت خاضعة لاعتبارات القوة والعادات القبلية مما أدى إلى حرمان بعض

(1) د. مصطفى الزلمي، أحكام الميراث و الوصية و حق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن و القانون، دار احسان للنشر، ايران، 2012م، ص 5.

الفئات من الإرث مثل النساء وصغار الذكور وحصره في الذكور القادرين على حمل السلاح والدفاع عن الجماعة⁽¹⁾.

ومع ظهور الشريعة الإسلامية حصل تحولاً كبيراً في تنظيم هذا النظام إذ لم تشهد الأنظمة القانونية نظاماً أكثر دقة وعدالة في توزيع التركة كما في التشريع الإسلامي الذي أسس قواعد محكمة لتنظيم انتقال الأموال بعد الوفاة⁽²⁾. وفي هذا السياق، تنوعت تعريفات (الميراث) في الفقه الإسلامي فعرف بأنه حق الوارث في مال مورثه لأسباب الإرث أو انتقال المال كخلافة⁽³⁾ وإن المعنى الذي يهتم في هذه الدراسة هو كونه استحقاقاً مالياً يحدث بسبب وفاة المورث ووجود علاقة سبب أو نسب بينه وبين الوارث⁽⁴⁾.

و استناداً إلى هذا المفهوم، فإن استحقاق الإرث ليس مطلقاً بل يمكن أن ترد عليه ما يحد منه أو يبطل وهو ما يُعرف بموانع الإرث وفي هذا الصدد يظهر أن قانون الأحوال الشخصية العراقي قد توافق مع الفقه الإسلامي⁽⁵⁾ في توضيح أركان الإرث وشروطه وموجباته لكنه لم ينص بشكل واضح على موانع الإرث⁽⁶⁾.

وقد استقر الفقه الإسلامي على ثلاثة موانع رئيسية هي: القتل واختلاف الدين والرق لكن الأخير لم يعد مطروحاً في الواقع الحالي الأمر الذي يستوجب التركيز على المانعين الأولين.

ويعد القتل من أهم موانع الارث في الفقه الاسلامي الا انهم اختلفوا في تحديد نطاق صور القتل المانع وذلك لاختلاف المذاهب الفقهية⁽⁷⁾ أما اختلاف الدين فيعد من الموانع التي اتفق عليها الفقهاء

(1) طاهر عيسى والي، موارد الخلاف بين قانون الاحوال الشخصية العراقي و الفقه الاسلامي (دراسة في الاسس و المسالك و التطبيقات)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الكوفة، 2017م، ص 262.

(2) د. احمد علي الخطيب، موجز احكام الميراث، طبعة دار البصري، بغداد، ط1، 1966 م، ص 15.

(3) طاهر عيسى والي، المصدر السابق، ص 262. د. عبد الحسيب سند عطية، احكام الميراث في الشريعة الاسلامية، القاهرة، بلا مكان نشر، 2008 م، ص 5- ص 6.

(4) جعفر السبحاني، نظام الارث في الشريعة الاسلامية، مؤسسة الامام الصادق، قم، ط1، 1415 هـ، ص5.

(5) د. احمد علي الخطيب، المصدر السابق، ص 18 - ص 19.

(6) المادة (86) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(7) ففيما يتعلق بالقتل فقد اتفق غالبية فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمان القاتل من إرث مورثه استناداً إلى الحديث النبوي: «لا ميراث للقاتل» وهذا الحكم يعتمد على قاعدة ردع السلوك الإجرامي ومنع التحايل على أحكام الإرث بدافع الاستعجال تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي بحرمان من طلب الشيء قبل أوانه ومع ذلك لم يمنع هذا الاتفاق من وجود اختلاف بينهم في تحديد نطاق القتل المانع حيث حصرو الجعفرية و المالكية نطاق المنع في القتل

من حيث الأصل إذ أجمعوا على أن غير المسلم لا يرث المسلم بناءً على النصوص القرآنية والحديثية التي تؤكد عدم وجود الولاية بين المختلفين في الدين ولكن الخلاف ظهر في الوضع العكسي أي إرث المسلم لغير المسلم⁽¹⁾.

وعليه فقد اتفقت المذاهب الإسلامية على عدم إرث غير المسلم من المسلم، إلا أنها اختلفت في حكم ميراث المسلم من غير المسلم فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم التوارث بين مختلفي الدين، في حين ذهب فقه الإمامية إلى أن المسلم يرث غير المسلم ولا يرث غير المسلم من المسلم أما موقف المشرع العراقي لم يورد نصاً صريحاً يحسم هذه المسألة، الأمر الذي يستلزم الرجوع إلى أحكام المادة (2/1) منه، التي تقضي بالاحتكام إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون. وقد اتجه القضاء العراقي، في عدد من قرارات محكمة التمييز، إلى الأخذ برأي الإمامية، فقضى

العمد دون غيره فقهاء الحنفية معيار القتل المباشر غير المشروع بينما اتجه الشافعية إلى التوسع فاعتبروا جميع صور القتل مانعة من الإرث سواء كانت عمداً أم خطأ مباشرة أو تسبباً مستنديين إلى إطلاق النص أما الحنابلة فقد ربطوا المنع بكل قتل تترتب عليه عقوبة حتى لو كانت مالية مما أدى إلى إدخال القتل الخطأ ضمن نطاق المانع . ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج5، مصدر سابق، ص 345. و محمد جواد مغنیه، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص 504 - 505. و عبد الله بن عبد الله الدارمي السمرقندي، سنن الدارمي، تحقيق : فوز احمد زمزلي و خالد السبع العلمي، ج2، قديمي كتب خانة، بلا سنة نشر، ص 478. و طاهر عيسى والي، مصدر سابق، ص 265. وشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج4، مصدر سابق، ص 45. و ابن قدامه الدمشقي، المغني، مصدر سابق، ج10، ص 191.

(1) حيث اتبع فقهاء المذهب الجعفري اتجاهاً مختلفاً فأجازوا إرث المسلم لغير المسلم مستنديين إلى فكرة علو الإسلام واعتبار الميراث شكلاً من أشكال الولاية بالإضافة إلى تفسيرهم لحديث «لا يتوارث أهل ملتين» بأنه يعني منعاً متبادلاً وليس منعاً من جانب المسلم فقط بينما رأى جمهور فقهاء المذاهب الأربعة أن منع ذلك بشكل مطلق هو الأساس بناءً على مبدأ عدم التوارث بين أهل ملتين . شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ص 41. و أ.د. فضل حسن عباس و د. عبد الناصر ابو البصل، فقه احوال شخصية، ج2، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، 1998م، ص 83-85 و جعفر السبحاني، مصدر سابق، ص 26 - 27 و الموسوعة الحديثية، شروحات منشورة على الموقع الاتي <https://dorar.net/hadith/sharh/127961> بتاريخ 25/3/2026 الوقت : 12: 28

صباحاً

بتوريث المسلم من غير المسلم، دون العكس، ومن ذلك إقرار إرث البنت المسلمة من مورثتها المسيحية⁽¹⁾.

وانطلاقاً من هذا الإطار، يتضح أن الاختلاف المذهبي في مسائل الإرث لا يقف عند حدود الموانع وإنما يمتد إلى الأساس النظري الذي يقوم عليه نظام الإرث إذ ينعكس هذا الأساس بشكل مباشر على كيفية توزيع التركة وموقع كل وارث فيها بما في ذلك الزوجة إذ أن المذاهب الإسلامية اختلفت فيما بينها في مقدار ما تستحقه الزوجة وكيفية توزيع التركة .

وإن الحكمة من توريث الزوجة كأن يكون للزوجة عمل أو جهد في جمع مال زوجها أما بهدف تدبير الانفاق أو تنظيم المعيشة فشارك زوجها في أموالها وإن الزوجة مكلفة في البقاء في دار الزوجية عند وفاة زوجها أثناء فترة العدة أو قد يكون لها ولداً منه⁽²⁾.

وفي هذا السياق، اتفقت المذاهب الإسلامية على أن الزوجة تعتبر من أصحاب الفروض فأنها تستحق الربع عند عدم وجود الفرع الوارث والتمن عند وجوده⁽³⁾ وذلك استناداً لقوله تعالى ("وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ")⁽⁴⁾ ألا أن الاختلاف المذهبي ظهر في كيفية تطبيق الأحكام ومدى استحقاق الزوجة .

ففي المذهب الإمامي (الجعفري) يعطى للزوجة نصيبها المقرر شرعاً دون زيادة ولا نقصان ألا أنهم اختلفوا في مسألة الرد إلى ثلاث آراء :

الاول: منهم لا يجيزون الرد على الزوجة أي أنها لا تستحق شيئاً من باقي التركة لأن الرد يكون لأصحاب القرابة النسبية دون الزوجين لأن الرابطة الزوجية تنتهي بالوفاة وعليه فأن الزوجة تستحق فقط فرضها المحدد شرعاً .

الثاني : الرد يكون للزوج دون الزوجة⁽⁵⁾.

(1) قرار محكمة التمييز في الاضبارة 136/هيئة عامة 85/86 الصادر في 1986/2/1 المنشور عبر الرابط الاتي

https://ns1.almerja.com/reading.php?idm=36862&utm_source=chatgpt.com تاريخ الزيارة

2026/9/18 .

(2) د.احمد برهان الدين عبد الرحمن الجبوري و أ.د . رعد مقداد ال دولة و أ.د. ساجر ناصر، الحقوق المالية المترتبة على الرابطة الاسرية، دار مصر للنشر و التوزيع، ط1، 2024، ص112.

(3) القرطبي، تفسير القرطبي، ج1، دار الكتاب العربي، 1987م، ص407.

(4) سورة النساء، الآية (12) .

(5) محمد جواد مغنیه، مصدر سابق، ص 527.

الثالث: الرد عليهما اذا لم يوجد امام (1).

كما أن الفقه الامامي لا يأخذ بمبدأ العول وذلك لان هذا المبدأ يقتضي بأنقاص حصص الورثة عند زيادة مجموع الفروض على أصل التركة اذ يرى الامامية ان الانصبة المحددة لا يجوز انقاصها وعليه يتم تقديم ترتيب فقهي معين عند عدم كفاية التركة (2).

اما فقهاء المذاهب الجمهور الاربعة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة تأخذ بمبدأ العول عند زيادة الأنصبة على أصل التركة ويتم من خلاله إنقاص حصص جميع الورثة بنسب معينة حتى تتناسب مع مقدار التركة الموجودة وهو ما قد يؤدي إلى تقليل نصيب الزوجة من التركة عن ما هو مقرر لها بالأصل (3) كما تجيز هذه المذاهب الرد في بعض الحالات عند وجود فائض من التركة وعدم وجود عسبة إلا أن جمهور الفقهاء لا يردون على الزوجين وإنما يكون الرد لبقية أصحاب الفروض (4).

وان الاختلاف المذهبي بين الفقه الامامي ومذاهب الجمهور لا يقتصر على مسائل الرد والعول وانما يمتد الى الاساس الذي يقوم عليه نظام الارث ففي الفقه الامامي (الجعفري) يعتمد نظام الارث على اساس مختلف يتمثل في تقسيم الورثة الى طبقات متتابعة بحيث تحجب كل طبقة الطبقة التي تليها مرتبة وتبدأ الطبقة الاولى بالابناء والوالدين ثم الطبقة الثانية الاخوة والاجداد ثم الطبقة الثالثة الاخوال والاعمام ويتميز هذا النظام بأنه يلغي فكرة العسوبة كما هو معتمد في مذهب الجمهور مما يؤدي الى اعادة توزيع التركة بطريقة مختلفة وهذا قد يؤثر على نصيب الزوجة من حيث مقدار الباقي الذي تشارك فيه حيث ان كل مرتبة تحجب التي تليها (5) اما مذاهب الجمهور الاربعة من يعتمد في نظام الميراث في تقسيم الورثة الى ثلاث فئات رئيسية وهم اصحاب الفروض والعصابات وذوي الارحام

(1) عبد الحسين صباح صيوان الحسون، أحكام الميراث على المذاهب الاسلامية الخمسة، المكتبة القانونية، ط1، 2022م، ص 397.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث و الوصية و حق الانتقال في الفقه الاسلامي و القانون، ص 87 و ما بعدها.

(3) محمد جواد مغنیه، مصدر سابق، ص 519 و مابعدھا.

(4) د. محمد زكريا و د. عبد المجيد مطلوب، احكام الميراث و الوصية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1975م و ص 209.

(5) علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج3، ص 318 - ص319. و د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث و الوصية في الفقه الاسلامي المقارن و القانون، بلا سنة نشر، ص 28 .

(1) ويشكل نظام العصابات أحد الركائز الأساسية في هذا البناء حيث يمنح ما تبقى من التركة بعد أصحاب الفروض إلى العصابات وفق قاعدة الأقرب فالأقرب مما يؤدي إلى مرونة في انتقال المال داخل العائلة (2).

نرى أن نظام الطبقات المعتمد في الفقه الإمامي (الجعفري) هو الأفضل في تقسيم الورثة و ذلك لأن نظام الطبقات يحد من انتقال التركة للأطراف البعيدة و يحافظ على القيمة الفعلية لحصة الزوجة و الأقارب .

و على الرغم من وجود اتفاق ظاهري بين المذاهب السنية والفقه الجعفري (الإمامي) فيما يتعلق بنسبة إرث الزوجة إذ تستحق الربع في حالة عدم وجود فرع وارث والثلث في حالة وجوده إلا أن هذا الاتفاق لا يعني تطابق النتائج العملية حيث أن الفقه الإمامي (الجعفري) من خلال نظام الطبقات قد يحد من انتقال التركة إلى الأطراف البعيدة مما يؤثر بشكل غير مباشر على التوازن في توزيع التركة بينما تحسب هذه النسبة في المذاهب الأربعة ضمن نظام العصابات مما يؤدي إلى استنفاد بقية التركة من قبلهم (3).

و يبرز الاختلاف أيضاً في مفهوم الفرع الوارث الذي يعد من المفاهيم الأساسية التي تؤثر على تحديد نصيب الزوجة ففي الفقه الأمامي فإن تحديد الفرع الوارث يعتمد على نظام الطبقات حيث يُنظر إلى مكانة الوارث ضمن الطبقة وقد لا يكون لبعض الأحفاد نفس التأثير في جميع الحالات خاصة إذا كان يوجد من هو أقرب منهم في الطبقة وهذا الاختلاف في تحديد من يُعد فرعاً وارثاً قد يؤدي إلى اختلاف في تحديد نصيب الزوجة سواء بزيادته أو تقليصه بحسب الحالة الفعلية لكل مسائل .

أما في المذاهب الأربعة يؤثر وجود الفرع أو غيابه في تغيير نصيبها من الربع إلى الثلث في الفقه السني ويشمل الفرع الوارث الأبناء والأحفاد مهما نزلوا طالما أنهم ينتمون إلى المورث عن طريق

(1) ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مصدر سابق، ج4، ص 185 - ص186. و شمس الدين السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج29، ص 138

(2) محمد رضوان الجيزاوي، الواضح في أحكام الميراث، جامعة الأزهر، 1995 م، ص 28.

(3) د. عبد السلام محمود أبو ناجي، الوسيط في أحكام الميراث و الوصية، طرابلس، ط1، 2000م، ص 49 - ص50 .

الذكور وهو ما يزيد من عدد الاشخاص الذين يعتبرون فرعاً وارثاً وبالتالي يقلل من حالات استحقاق الزوجة الربع (1).

كما ان الاختلاف المذهبي لا يؤثر فقط على مقدار نصيب الزوجة وانما يمتد إلى طبيعة المال الذي تستحقه من التركة وهو من أبرز الفروقات بين الفقه السني والفقه الأمامي .
ففي الفقه الأمامي فإن الزوجة لا ترث من الأرض ذاتها بل يقتصر حقها على قيمة ما عليها من بناء أو أشجار حيث يرى عدم توارث الزوجة لا عينا ولا قيمة (2)

استند القائلون بحرمان الزوجة من بعض أعيان تركة زوجها، ولا سيما الأرض والرباع، إلى الروايات الواردة عن أئمة أهل البيت (عليهم السلام)، التي دلت على عدم إرثها من عين الأرض والدور، مع ثبوت حقها في قيمة بعض الأبنية والآلات وما أقيم على الأرض و به قال الطوسي و ابن حمزه في الوسيلة و المحقق في الشرائع (3).

بينما في المذاهب السنية ترث الزوجة من كل أموال التركة بدون تمييز سواء كانت منقولة مثل النقود والأثاث، أو غير منقولة مثل العقارات والأراضي ويكون نصيبها حصة شائعة في كامل التركة (4) وهو ما يُعتبر تقييداً لحقها مقارنة بالمذاهب السنية ويترتب على هذا الحكم آثار عملية مهمة خصوصاً في المجتمعات التي تشكل فيها العقارات والأراضي الجزء الأكبر من الثروة إذ قد يؤدي ذلك إلى تقليل القيمة الاقتصادية الفعلية لما ترثه الزوجة.

اما على مستوى القانون، لقد بين قانون الأحوال الشخصية العراقي في مسألة ميراث الزوجين بشكل عام، حيث نصت المادة (٩١) (5) الفقرة الأولى منه (" يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع. ويستحق النصف عند عدمه أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث، والربع عند

(1) د. جواد احمد البهادلي، الوسيط في الوصايا و الميراث طبقاً لقانون الاحوال الشخصية العراقي في ضوء المذاهب الخمسة، النجف الاشرف، ط1، 2016 م، ص 153.

(2) احمد البستاني، ارث الزوجة من العقار تقرير لباحث السيد محمد باقر السيستاني، نسخة اولية، 1437 هـ، ص 53 ص 54. و محمد حسين السبحاني، ابانة المختار في ارث الزوجة من ثمن العقار للصفهاني، مؤسسة الصادق (عليه السلام)، قم، ط1، 2012م، ص 9 و ص 25.

(3) رضا الصدر ، ارث الزوجة عند الامامية ، الخيام ، ط1 ، 1410 هـ ، ص 8 .

(4) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث و الوصية و حق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن و القانون، مصدر سابق، ص 49 .

(5) المادة (91) من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل .

عدمه") اذ جاء هذا النص مطلقاً وكذلك عدم التطرق الى نوع الأموال التي يرثونها إذ ان الفقه الإمامي ذهب إلى حرمان الزوجة من ميراث بعض أموال زوجها بما في ذلك الارض لكن القانون عالج المسألة على وجه العموم وترك معالجة الأمور التفصيلية الى مذهب كل شخص.

و في هذا الاطار, جاءت المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري لتعكس أحكام الفقه الإمامي في مجال الأحوال الشخصية ومن بينها أمور الميراث حيث اعتمدت نظام الطبقات كأساس لتوزيع التركة وأقرت الأحكام الخاصة بإرث الزوجة بما في ذلك تقييد حقها في الإرث من الأرض وهذا ما جاء في نص المادة (314)⁽¹⁾ والتي نصت على (".... وترث الزوجة مما تركه الزوج من المنقولات كالنقود والبضائع والسيارات والحيوانات كما ترث من حق التحجير والانتفاع و السرقيلية ونحوها من الحقوق الثابتة له في الأراضي وغيرها، ولا ترث من الأرض المملوكة له لا عيناً ولا قيمة، وترث مما ثبت فيها من بناء وأشجار وآلات ونحو ذلك بالقيمة، فلبقية الورثة أن يدفعوا لها حصتها من خارج التركة بالنقود ويجب عليها القبول").

كما نظمت المدونة الحالات التي يكون فيها الأطراف من مذاهب مختلفة ومنحت القضاء دوراً في تحديد القواعد الواجب تطبيقها بما يحقق العدالة ويمنع الإضرار بأي من الورثة بما في ذلك الزوجة حيث يخضع لقانون المورث اذ نصت على سريان نظام الطبقات في المادة (241)⁽²⁾.

وقد تطرقت بعض القوانين بشكل صريح الى مسألة ميراث الزوجة بصورة اكثر تفصيلاً⁽¹⁾ وعليه يتضح من هذا أن المشرع لم يكتفِ بتطبيق صارم للنصوص الفقهية وانما حاول إيجاد نوعاً من

(1) المادة (314) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 .

(2) المادة (241) من مدونة الاحكام وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي نصت على ("موجبات الميراث

اولاً: النسب، وهو الاتصال بالميت بالولادة على وجه شرعي، وطبقاته ثلاثاً. الطبقة الأولى: وهي صنفان

1. الأبوان المتصلان دون الأجداد والجدة.

الأولاد وإن نزلوا ذكوراً وإناثاً.

ب الطبقة الثانية: وهي صنفان

الأجداد والجدة وإن علوا.

.. الإخوة والأخوات وأولادهم وإن نزلوا.

ج- الطبقة الثالثة: صنف واحد وهم الأعمام والأخوال وإن علوا كأعمام

الآباء والأمهات وأخوالهم، وأعمام الأجداد والجدة وأخوالهم، وكذلك أولادهم وإن نزلوا كأولاد أولادهم، وأولاد أولادهم

وهكذا بشرط صدق القرابة للميت عرفاً").

التوازن بين الانتماء المذهبي ومتطلبات العدالة العملية خاصة في الحالات المختلطة ومن ثم يتضح أن الاختلاف المذهبي لا يؤثر فقط في تحديد نصيب الزوجة من حيث النسبة وإنما يمتد إلى طبيعة ما ترثه وموقعها ضمن نظام الإرث مما يجعل هذه المسألة من المواضيع التي تتطلب معالجة دقيقة تجمع بين الفقه والقانون والتطبيق القضائي .

الفرع الثاني

موقف القضاء العراقي من التوارث وفقاً للاختلاف المذهبي

ينظم الإرث في العراق وفقاً لقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل والذي لا يعتمد على مذهب فقهي واحد وإنما تبني منهجا يجمع بين أحكام المذاهب الإسلامية المختلفة مع اتجاه نحو توحيد الأحكام وغالباً ما يعتمد على مذهب المتوفى عند تقسيم الميراث وهذا ما جاء في نص الفقرة 2 والفقرة 3 من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية (2).

ففي التطبيق القضائي، وعند حدوث اختلاف مذهبي بين أطراف العلاقة يلجأ القضاة إلى تطبيق مذهب المتوفى كقاعدة عامة (3) ولكن هذا التطبيق يعتمد على تقدير القاضي حيث يأخذ بعين الاعتبار الظروف الواقعية للنزاع ويسعى إلى تحقيق التوازن بين الحقوق وخصوصاً فيما يتعلق بمصالح الزوجة

(1) و منها القانون المدني الإيراني وذلك بإعطائها نصيبها والباقي يكون بحكم المال الذي لا وارث له فقد جاء في المادة [946] من القانون المدني الإيراني ("يأخذ الزوج الميراث من جميع ممتلكات الزوجة لكن الزوجة لا تأخذ إلا من الآثار التالية - من الممتلكات المنقولة ، من أي نوع.من البناء والأشجار") و المادة (947) ("تحصل الزوجة على الميراث من ثمن المباني والأشجار ، وليس من تلك الأشياء نفسها وطريقة التقييم هي أن المباني والأشجار يتم تقييمها على افتراض أنها تستحق البقاء في الأرض") .

(2) المادة (1/ف 2/ف 3) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل و التي تنص (" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .

3 - تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية") .

(3) المادة (22) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل و التي تنص (" قضايا الميراث يسري عليها قانون الموروث وقت موته مع مراعاة ما يلي:

أ - اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه.

ب - الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك")

والمستحقين وكذلك يهتم القضاء بالاستقرار الاسري فيوازن بين الاحكام الفقهية واحتياجات الاسرة خصوصا اذا كان هنالك اطفال (1).

كما يظهر دور القضاء في الرجوع الى المرجع الديني في حالة عدم وجود نص قانوني ينظم مسألة معينة فقد نقضت محكمة التمييز الاتحادية حكم محكمة الموضوع وذلك لعدم التزامها بالاجراءات القانونية المتعلقة بالرجوع الى الفقه الاسلامي اذ تبين ان المورث وأحد ورثته قد توفيا في حادث واحد دون التحقق من سبق الوفاة و هي حالة لم ينظمها نص صريح في قانون الاحوال الشخصية وبناء عليه اكدت المحكمة ضرورة قيام محكمة الموضوع بمفاتحة المرجع الديني الذي يقلده الطرفان (2)، استنادا الى احكام المادة الاولى من القانون وذلك لبيان الحكم الشرعي في هذه المسألة اذ نص القرار ("... لذا فإن ما ورد فقها بأن احدهم لا يرث الآخر لعدم التحقق من حياة الوارث عند موت المورث وتقسيم اموال كل منهم على ورثته الاحياء ولعدم وجود نص في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل يعالج الحالة المذكورة فبإمكان محكمة الموضوع مفاتحة المرجع الذي يقلده الطرفان لبيان الرأي على وفق ما تضمنته المادة الأولى من القانون المذكور وحيث أن محكمة الموضوع حسمت الدعوى بردها قبل استعمال تحقیقاتها المذكورة مما أدخل بصحة حكمها لذا قرر نقضة وإعادة الدعوى إلى محكمتها لاتباع متقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق "...) (3).

و تظهر في التطبيق العملي عدة اشكاليات ومن اهمها تحديد المذهب الذي يجب اتباعه في مدى احقية الزوجة في الاموال العينية كالاراضي والعقارات وبالإضافة الى ترتيب الورثة في حال وجود الاب والام وهذه المسائل مختلف عليها بين المذاهب (4).

(1) احمد عبد الغني جلاب، دور الاجتهاد القضائي الاداري في معالجة القصور التشريعي، مجلة الجامعة العراقية، عدد 69، ج 3، بلا مجلد، بلا سنة نشر، ص 531.

(2) مسألة (1375): إذا مات المتوارثان واحتمل في موت كلّ منهما السبق واللحق والاقتران، أو علم السبق وجهل السابق، ورث كلّ منهما الآخر استفتاءات السيد السيستاني المنشورة عبر الموقع الاتي:

<https://www.sistani.org/arabic/book/13/695/> تمت الزيارة بتاريخ 2026/3/24 الوقت 10: 45

مساء .

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 6507 / هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية/ 2017 .

(4) م.م عادل عجيل عاشور، احكام الميراث وفقا لقانون الاحوال الشخصية العراقي و الشريعة الاسلامية، مجلة اوروك، عدد 4، مجلد 9، 2016 م، ص 383 - ص 400.

وقد اهتم القضاء العراقي بحماية حقوق الزوجة في الميراث وخصوصاً فيما يتعلق بدار السكن والأموال الموروثة وذلك استناداً إلى أحكام قانون الأحوال الشخصية والقرارات الخاصة بحماية الأسرة والقاصرين.⁽¹⁾ وقد أكدت محكمة التمييز هذا الاتجاه في العديد من قراراتها القضائية إذ شددت على ضرورة التحقق من مدى انطباق الحماية القانونية الواردة في القرار المذكور قبل الحكم بإزالة الشيوخ فقد قضت في أحد قراراتها (نقضت المحكمة حكماً برد دعوى إزالة الشيوخ، موضحة أن المنع الوارد في قرار مجلس قيادة الثورة رقم (1497) لسنة 1982 يقتصر على حالة إشغال الدار من قبل أولاد المتوفى القاصرين، ولا يمتد إلى الأحفاد القاصرين، لأن النص استعمل عبارة أولاد المتوفى وليس ورثته)⁽²⁾ وبذلك بيّنت المحكمة أن الحماية المقررة للزوجة والقاصرين تُطبق ضمن الحدود التي رسمها النص القانوني دون توسع في تفسيره.

وقد ذهبت محكمة الأحوال الشخصية في الحلة عند إصدارها حجة تملك العقار المرقم 6/556 في مركز المدينة إلى زوجة المتوفى وفق المسألة الإرثية التي يكون فيها سهم واحد للزوجة وثلاثة أسهم لخزينة الدولة بعد التأكد أن الحياة الزوجية مستمرة عند وفاة الزوج وعليه قررت المحكمة تملك العقار للزوجة.⁽³⁾

وقد أخذ القضاء العراقي برأي معظم الفقهاء في أن الزوجة ترث من جميع ما يتركه الزوج من الأموال سواء أكانت منقولة أو غير منقولة وذلك استناداً إلى عموم النصوص الشرعية وأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 وقد منح المشرع العراقي الزوجة نصيبها الشرعي المذكور في الفقرة (1) من المادة (91) من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل سواء كانت مع فرع وارث أم لا وسواء كانت لديها أولاد أم لا ومن دون تمييز بين مذهب المتوفى فلا تستحق أكثر من الحصة المقررة لها قانوناً إلا أن المشرع العراقي وضع استثناءً لهذه القاعدة بموجب

(1) حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها (" بنقض الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية بالعدد (3701/ش/2016). وتتلخص وقائع القضية في أن المدعية طلبت تملكها السهام العائدة لوزارة المالية في العقار المرقم (59/1479 مقاطعة 3 النكية) استناداً للقرار (1170 لسنة 1977) لكونها زوجة المتوفى ولا تملك داراً على وجه الاستقلال" القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، رقم 691/2017، بتاريخ 2017/2/6 نقلاً عن : عبد الحسين صباح صيوان الحسون، أحكام الميراث على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص 414 .

(2) قرار الصادر من محكمة استئناف بغداد، بالعدد 2007/44، بتاريخ 2007/1/25 .

(3) د. أحمد برهان الدين عبد الرحمن الجبوري و أ.د. رعد مقداد ال دولة و أ.د. . ساجر ناصر، مصدر سابق، ص 118 و ما بعدها.

قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (1170) لسنة 1977 كما ذكرنا سابقاً وقد جاء هذا الاستثناء لمعالجة الحالة التي كان فيها ما تبقى من التركة يعود إلى الدولة باعتبارها وارثة لمن لا وارث له.⁽¹⁾ أما في ظل مدونة الأحكام الشرعية رقم (1) لسنة 2025 المعدل لقانون الأحوال الشخصية فقد أصبح القضاء العراقي ملزماً بتطبيق الأحكام الواردة في مدونات الأحكام الشرعية الخاصة بالمذهب الذي اختاره الزوجان عند النظر في مسائل الأحوال الشخصية ومنها مسائل الإرث. ومع ذلك، فإن القضاء لا يزال يسعى إلى حماية حق الزوجة في الإرث وعدم حرمانها من نصيبها المقرر شرعاً وقانوناً مع مراعاة الأحكام الخاصة بكل مذهب وفق ما نص عليه التعديل الجديد الأمر الذي قد يؤدي إلى اختلاف بعض التطبيقات القضائية المتعلقة بإرث الزوجة تبعاً لاختلاف المدونات المذهبية المعتمدة.

ومن هنا يمكن وصف موقف القضاء العراقي بأنه موقف توفيقي لا يعتمد بشكل مطلق على مذهب معين وإنما يسعى إلى التوافق بين الآراء الفقهية المختلفة لتحقيق الانصاف وقد استقر الاتجاه القضائي في توزيع الميراث واعتمد على قاعدة مذهب المتوفى وليس مذهب الزوجة أو باقي الورثة فمثلاً إذا كان الزوج سنياً يطبق قواعد المذهب السني وإذا كان جعفرياً يطبق أحكام المذهب الجعفري حيث يتبع ذلك أحياناً إخضاع الزوجة لأحكام لا تتبع مذهبها مما قد يؤدي إلى ظهور إشكاليات في الزواج المختلط .

و في هذا الإطار يتضح ان الاختلاف المذهبي يؤثر في عدة جوانب في نظام الارث مثل ترتيب الورثة، مفهوم الفرع الوارث، وطبيعة المال الموروث، بالإضافة الى تحديد نصيب الزوجة وهذا ما يعزز من أهمية الدور القضائي في تحقيق التوازن بين النصوص الفقهية وتحقيق العدالة .

المبحث الثاني

اثر الاختلاف المذهبي على الآثار غير المالية للزواج

لا تقتصر آثار عقد الزواج على الجوانب المالية فقط بل تشمل أيضاً آثاراً غير مالية تمسّ كيان الأسرة واستقرارها بشكل مباشر وتظهر أهمية هذه الآثار بشكل أوضح في حالة الاختلاف المذهبي بين

(1) نوري حمه سعيد حيدر، اختيارات المشرع العراقي في ميراث المرأة دراسة تحليلية مقارنة، المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، عدد 1، مجلد 6، 2022، ص 135.

الزوجين حيث يؤدي ذلك إلى تباين في القوانين المتعلقة بمسائل الحضانة والطلاق وما يرتبط بهما من آثار.

ويظهر تأثير هذا الاختلاف في تحديد القواعد العامة للحضانة ومدى اعتبار مذهب كل من الأب أو الأم في تحديد مصلحة المحضون بالإضافة إلى تأثيره على أحكام الطلاق من حيث شروطه وآثاره كما يمتد هذا الأثر إلى نطاق التفريق القضائي من خلال الدور الذي يقوم به القاضي في تقدير الوقائع وتطبيق الأحكام المناسبة وفقاً للاختلاف المذهبي .

وعليه يهدف هذا المبحث إلى توضيح أثر الاختلاف المذهبي في الآثار غير المالية الناتجة عن عقد الزواج

و سنتناول هذا المبحث على مطلبين حيث سنتناول في المطلب الأول الطلاق وفقاً للاختلاف المذهبي وفي المطلب الثاني سنتطرق الى الحضانة وفق الاختلاف المذهبي.

المطلب الأول

الطلاق بين الزوجين وفقاً للاختلاف المذهبي

يعد الطلاق من أهم الوسائل التي تُنهي العلاقة الزوجية وينتج عن ذلك آثار قانونية واجتماعية متنوعة وتظهر مشكلة الاختلاف المذهبي في هذا المجال من خلال تأثيره في تحديد القواعد التي تنظم الطلاق وشروط حدوثه وذلك حسب اختلاف الأسس الفقهية القائمة بين المذاهب وكذلك يشمل نطاق الفصل القضائي من خلال الدور الذي يقوم به القاضي في تقدير الأحداث وتطبيق القواعد المناسبة مما يعكس مدى تأثير الانتماء المذهبي في توجيه السلطة التقديرية للقضاء .

وعليه يتناول هذا المطلب توضيح أثر الاختلاف المذهبي في مسائل الطلاق وشروطه بالإضافة إلى توضيح دور القاضي في الفصل في ضوء هذا الاختلاف ويكون ذلك من خلال فرعين سنتناول في الفرع الأول شروط الطلاق وفق الاختلاف المذهبي وسنتطرق في الفرع الثاني السلطة التقديرية للقاضي في التفريق وفق الاختلاف المذهبي .

الفرع الأول

شروط الطلاق وفقاً للاختلاف المذهبي

يعد الطلاق من أكثر المواضيع أهمية في قوانين الأحوال الشخصية وتزداد هذه الأهمية عندما يكون هنالك اختلاف في المذهب بين الزوجين فقد عرف فقهاء الجعفرية القدامى (عقد الطلاق) بأنه

ازالة قيد الزواج بدون مقابل بصيغة طالق⁽¹⁾ بينما عرفة الحنفية بانه زوال القيد الذي يفرضه الزواج بصورة شرعية من خلال كلام محدد في الزمان والمكان⁽²⁾ أما المالكية فقد عرفوه بأنه فعل حكمي يرفع من قدرة الرجل على الاستمتاع بزوجته شرط ان يحدث ذلك مرتين للحر ومرة واحدة للعبد الذي يصبح عليه الزواج محرم⁽³⁾ بينما الحنابلة يعتبر (الطلاق) هو زوال قيد النكاح كلياً او جزئياً من خلال وقوع النكاح سواء تمت جميع الطلقات أو بعضها⁽⁴⁾ اما الشافعية فقد عرفوا (الطلاق) بأنه زوال قيد النكاح من خلال لفظ الطلاق او ما يشابه ذلك⁽⁵⁾ بينما الفقهاء المعاصرين فقد عرفه بعض المحدثين بانه ازالة قيد الزواج وذلك بالفاظ تنفيد معنى ذلك اما صراحة او كناية او ما يقوم مقام ذلك من الاشارة والكناية⁽⁶⁾ وقد اجاز الله سبحانه وتعالى الطلاق كأفضل وسيلة ولا يتم اللجوء اليها الا في الحالات الضرورية التي يصعب معها استمرار الحياة الزوجية⁽⁷⁾.

ويستمد الطلاق مشروعيته من القرآن الكريم بدلالة قوله تعالى (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ ۙ اَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)⁽⁸⁾ وكذلك وردت احاديث عديدة في السنة النبوية في اجازة الطلاق ومنها قول النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)⁽⁹⁾ وعلى الرغم من ان الدين الاسلامي يحث على الزواج ويؤكد على ضرورة ان تكون العلاقة الزوجية قائمة على المحبة والمودة ويجب استمرارها على هذا النحو الا ان النفوس وما يطرأ عليها من تغيرات وتقلبات فقد تتغير

(1) شهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج8، مصدر سابق، ص 275.

(2) شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط للسرخسي، ج6، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر، ص2.

(3) د. صفاء السيد لولو الفار، احكام الطلاق بالوسائل الحديثة دراسة فقهية مقارنة، مجلة الحولية للدراسات الاسلامية والعربية للبنات، عدد 35، مجلد6، بلا سنة نشر، ص 170 - ص 171

(4) محمد جواد احمد الخفاجي، دور مبادئ الشريعة في انحلال عقد الزواج، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كربلاء، 2023 م، ص 12

(5) شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، مصدر سابق، ص 423 - ص 424 .

(6) بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص 302 .

(7) محمد جواد احمد الخفاجي، مصدر السابق، ص 15

(8) سورة البقرة (الاية : 229)

(9) ابي عبد الله محمد القزويني (ابن ماجه)، سنن ابن ماجه، تعليق : محمد ناصر الدين الالباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، 1417 هـ، ص 360.

المشاعر مما يؤدي الى نشوء خلاف يصعب ترميمه لذلك يعتبر تنظيم الطلاق في الشريعة الإسلامية من الجوانب الايجابية (1) .

و عند الرجوع الى الآراء الفقهية والتشريعية فنلاحظ انها تختلف في وضعها للشروط الاساسية في انهاء العلاقة الزوجية اذ نرى اختلافا كبيرا اذ يعتقد فقهاء المذاهب الاربعة الحنفية (2) والمالكية (3) والشافعية (4) والحنابلة (5) بأنه يجب توسيع نطاق الطلاق حيث انهم يرون انه ينتج اثره بمجرد نطق نطق الزوج صيغة الطلاق مع وجود النية دون الحاجة الى شهود او صيغة محددة .

و يعتبرون الارادة المطلقة للزوج (6) هي الاساس في انهاء عقد الزواج ومن ناحية اخرى يتبنى المذهب الجعفري موقفا اكثر تشديدا في انهاء الرابطة الزوجية حيث يرون ان الطلاق لا يكون له اثر شرعي الا اذا تم استيفاء شروطا صارمة ومن ضمن هذه الشروط شرط الاشهاد حيث انفرد الفقه الجعفري بالاشراط في وقوع الطلاق وبدونه يكون باطلا (7) بدلالة قوله تعالى (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ) (8) ويكون بحضور شاهدين عدلين يسمعان الصيغة وهذا ما جاء في موسوعة الامام الرضا (عليه السلام) (9) بالاضافة الى اشتراط صيغة محددة بكلمة طالق فقط اي ان يقول فلانه طالق او

(1) مشروعية الطلاق متاح عبر الرابط الاتي <https://almerja.com/more.php?idm=249424> تمت زيارته بتاريخ 4/2/2026 الوقت : 10: 33 مساء

(2) الهمام، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان، ج1، دار صادر، بيروت، ط2، 1991 م، ص 452 - 453 . و ابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج3، مصدر سابق، ص 410 - 411 .
(3) ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، تحقيق : د. محمد حجي، ج1، دار الغرب الاسلامي، ط1، 1988 م، ص 497 - 498 .

(4) الشافعي، الام، ج5، مصدر سابق، ص 120

(5) عبد الله بن عبد الرحمن ابا بطين، حاشية ابا بطين على شرح منتهى الارادات، ج8، شركة اثناء المتون، ط2، السعودية، 2022 م، ص 452 - 453 .

(6) أ. د حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثرهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص 171

(7) أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثرهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، المصدر اعلاه، ص 194 .

(8) سورة الطلاق (الاية : 34)

(9) محمد الحسيني القزويني، موسوعة الامام الرضا (عليه السلام)، اللجنة العلمية في مؤسسة ولي العصر عليه السلام، السلام، ط1، ايران، 1428 هـ، ص 260 - 261 .

بقول زوجتي طالق ان كانت له زوجة واحدة⁽¹⁾ مع مراعاة الحالة الصحية للزوجة اي ان تكون في حالة طهر فأن لم تكن كذلك وقع الطلاق باطلا⁽²⁾ اما بالنسبة لحكم الطلاق بغير اللغة العربية لم يقتصر الفقهاء ان يكون الطلاق بلغة عربية فقط و انما اعتبروا الطلاق يحدث سواء بلغة عربية او غيرها وقد ذكروا بعض الالفاظ بالفارسية والتركية يقع بها الطلاق مثل كل سان وش باللغة التركية وكلمة بهشتم بالفارسية وغير ان القضاء ذهب في احد القرارات الى ان تلفظ الطلاق باللغة التركمانية مخالف للشرع والقانون كون المتداعين من معتقي المذهب الامامي الذي يوجب تلفظ الطلاق باللغة العربية⁽³⁾.

و يلاحظ أن الغاية في اشتراط الشهود وفق المذهب الجعفري لا يقتصر على كونه اجراءً شكلياً وانما يعد وسيلة تهدف الى الحد من التسرع في انتهاء الرابطة الزوجية اذ ان الزام الزوج بحضور الشهود يمنحه الفرصة لاعادة التفكير قبل ايقاع الطلاق لاسيما في الخلافات العابرة واسباب غير جوهرية مما يجعله يترتب الى تهدئة النزاع وفتح مجال للصالح مما يؤدي الى المحافظة على الرابطة الزوجية والحد من الطلاق المتسرع.

و يكون الطلاق بألارادة المنفردة للزوج وذلك لان الاسلام منح هذا الحق للزوج فقط لانه هو الذي يهتم ببقاء الحياة الزوجية التي انفق من اجلها الكثير من المال فانه سوف ينفق مثله او اكثر منه في حال رغب في الطلاق او الزواج مرة اخرى⁽⁴⁾ وان المرأة بحكم دورها في المجتمع فإنها تتمتع بعواطف تجعلها اكثر تأثراً واسرع تأقلماً مع المشاعر مقارنة بالرجل لذا فهي اكثر قدرة بالقيام بالمهام والواجبات التي تتطلب العاطفة كتربية الاطفال ورعايتهم⁽⁵⁾.

و (الطلاق) هو زوال العلاقة الزوجية وانه لا يعني فسخ العقد وانما انتهاء الحياة الزوجية المشتركة مالياً سواء كان ذلك بالطلاق الرجعي او البائن وفي اطار الزواج الصحيح فانه ليس من

(1) الخميني، تحرير الوسيلة، ج 2، سفارة الجمهورية الايرانية، ايران، 1998 م، ص 298.

(2) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، مصدر سابق، ص 55.

(3) أ. د . حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص 193.

(4) سيد سابق، فقه السنة، ج2، الفتح للاعلام العربي، القاهرة، بلا سنة نشر، ص 158.

(5) عادل سعد جهاد اليساري، دور العلم و اثره في انحلال عقد الزواج، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كربلاء، 2022م، ص 59.

الضروري ان يكون هنالك سببا في الطلاق حيث يملك الزوج الحق في طلاق زوجته ثلاث طلاقات⁽¹⁾ ولا يحدث الطلاق من المجنون والمصدوم وهو الشخص الذي يفقد السيطرة على ذاته وكذلك الصبي حيث اشترط البلوغ والعقل لان الطلاق يحتاج الى وعي وإدراك ولا يقع الطلاق ايضا من السكران والغضب لعدم توافر الوعي لديهم وكذلك المرتد عن الدين الاسلامي والسفيه الذي يبذر ماله فان طلاقهم جميعا باطل باتفاق المذاهب وكذلك الطلاق بالاكراه لا يقع عند الجمهور الفقهاء ما عدا الحنفية⁽²⁾. والاصل في الطلاق الاباحة ولكن حق الزوج في الطلاق بارادته المنفردة تكون مقيدة بعدم اساءة استعماله اي يكون متعسفا واختلفت المذاهب في هل هنالك تعسف في الطلاق ام لا ؟⁽³⁾ فأنقسموا الى مذهبين المذهب الاول يقول به الفقهاء المحدثين بعض من الحنفية في انه لا يوجد تعسف في الطلاق وذلك لانه الاصل في الطلاق الاباحة اما المذهب الاخر وهم عامة الفقهاء المحدثين من بينهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فأعتبروا ان هنالك تعسف في الطلاق اذا طلق الزوج زوجته بغير حق وتكون له عدة صور كطلاق المريض مرض الموت والطلاق دون سبب معقول⁽⁴⁾ حيث اشار قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل في المادة (39 / 3)⁽⁵⁾ ⁽⁵⁾ اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة انه متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر تحكم المحكمة بتعويضها عن الطلاق التعسفي⁽⁶⁾ وقد اشارة العديد من القرارات التمييزية بهذا الخصوص منها القرار يحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي اما وفق مدونة الجعفرية فلا يوجد نص بتسجيل الطلاق او اخبار المحكمة بوقوعه حيث ترجع حالات الطلاق الى المرجع الديني الاعلى بعد قيام القاضي بمفاتحة مكتب المرجع الديني بخصوص الطلاق وعلى العموم نرى ان المدونة الجعفرية الغت اي نص قانوني يعطي للمطلقة الحقوق المشار اليها في قانون رقم 188 لسنة 1959 من تعويض عن الطلاق التعسفي واو المهر المقوم بالذهب وحق السكنى استنادا الى المادة (337)⁽⁷⁾ من المدونة

(1) عادل سعد جهاد اليساري، المصدر اعلاه، ص 59

(2) عادل سعد جهاد اليساري، المصدر اعلاه، ص 60.

(3) مشراوي نبيلة و نويجم عائشة، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 2022، ص33.

(4) محمد جواد احمد هاشم الخفاجي، مصدر السابق، 51

(5) المادة (39/3) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل

(6) قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد 14458 بتاريخ 19/10/2025 غير منشور .

(7) المادة 337 من مدونة الاحكام الشرعية الجعفرية رقم 1 لسنة 2025

وهذا لا يعني عدم وجود حقوق للمطلقة اطلاقاً وانما لها نفقة العدة ومؤخر الصداق وسكنى المطلقة الحامل والحق في الحضانة لغاية عمر 7 سنوات مالم تتزوج⁽¹⁾.

و سبق وان ذكرنا ان للزوج الحق في طلاق زوجته متى شاء ولكن يجوز له ان ينيب زوجته المراد طلاقها وتسمى الانابة في هذه الحالة تفويضاً حيث ان التفويض هو نوع من الطلاق يمنحه الزوج للزوجة ويمكن ان نعرفه بأنه اعطاء الزوج للزوجة حق الطلاق لنفسها وذلك يمكن ان يحدث سواء عند مباشرة عقد الزواج او بعد فترة من الحياة الزوجية.⁽²⁾

و اختلفت المذاهب الإسلامية في الاخذ بالتفويض بالطلاق حيث ان المذهب الجعفري لم يحدد معنى التفويض ومن المحتمل عدم اهتمامهم بهذا الامر مرتبطاً بموقفهم من عدم جواز تفويض الطلاق للزوجة حيث ايد ذلك السيد الروحاني هذا الرأي حيث قال اذا اعطى الزوج الخيار لزوجه وهدف التفويض الطلاق لها فاذا اختارت نفسها رغبة في الطلاق فان الطلاق يعتبر رجعيًا وهنالك من قال انه لا يحدث وهو الرأي الاقوى⁽³⁾ ويعتقد فقهاء الجعفرية ان المرأة ليس لديها الحق في اختيار نفسها في الطلاق وبالتالي يكون الطلاق باطلاً في هذه الحالة⁽⁴⁾.

بينما المذهب الحنفي عبر عن مفهوم التفويض كما ذكر ابن نجيم الحنفي في كتابه البحر الرائق هوان المرأة تستطيع طلب الطلاق بحسب امر زوجها⁽⁵⁾ وبالنسبة للمذهب الشافعي رغم ان فقهاء الشافعية يحددون معنى خاص للتفويض الا انهم يعبرون عنه بقول اختاري او امرك بيدك فاذا قامت المرأة بطلاق نفسها فهذا يعني انه لا يعتبر طلاقاً الا اذا كانت تنوي الطلاق⁽⁶⁾ اما بالنسبة للمذهب المالكي فلم تتضمن اقوال فقهاء هذا المذهب تعريفاً محدداً للتفويض لكن اشاروا اليه من

(1) أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج و الطلاق و اثارهما، مصدر سابق، ص 218 ص 219

(2) عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2017 م، ص 151 .

(3) محمد صادق الحسيني الروحاني، منهاج الصالحين، ج2، منشورات الاجتهاد، ط1، 2008، ص549.

(4) محمد حسن النجفي، مصدر سابق، ص 50.

(5) ابن نجيم، مصدر سابق، ص 335.

(6) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مدى سلطان الارادة في الطلاق في الشرائع و القوانين و الاعراف، نشر احسان للنشر للنشر و التوزيع، ط1، 2014 م، ص 347.

خلال اقوالهم ⁽¹⁾ بينما اشار اليه المذهب الحنبلي ايضا لم يحدد فقهاؤه معنى واضح للتفويض لكنهم ناقشوا فكرة ان الزوج لديه الخيار اما ان يطلق بنفسه او يوكل الامر للمرأة او يفوضها في ذلك ⁽²⁾ ونلاحظ أن المشرع العراقي اخذ بالرأي الثاني واجاز التفويض للزوجة بطلاق نفسها من الزوج بينما المدونة الجعفرية لم تجيز ذلك وهذا يعني عدم جوازه في المذهب الامامي اما بالنسبة لمسألة الوكالة فان المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية لم يجز التوكيل حيث اشار الى ذلك في المادة (34/ ثانيا) ⁽³⁾ " لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وايقاع الطلاق " بينما المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري اشترطت الزوجة على زوجها توكيلها في الطلاق ⁽⁴⁾.

و نلاحظ ان قانون الاحوال الشخصية يسعى لتحقيق التوازن بين مختلف المذاهب ويعتمد هذا القانون على مبدأ الطلاق لا يكون ساري المفعول الا من خلال المحكمة ومع ذلك فإن المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري احدثت تغييرا مهما في هذا الموضوع فقد نصت بوضوح على ضرورة تطبيق احكام الفقه الجعفري على الافراد الذين يلتزمون به وبالتالي اذا كان الزوج يتبع المذهب الجعفري فان طلاقه الارادي لا يعتبر صحيحا الا اذا تم وفق المذهب الجعفري من اشتراط الشهود والصيغة حتى لو كانت الزوجة تتبع مذهباً اخر حيث اشار قانون الاحوال الشخصية في المادة (34) بقولها "..... ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعاً" بينما المدونة في المادة 199 ⁽⁵⁾ منه اوجب توافر شروط في مسألة الطلاق حيث لم توقع ان يكون الطلاق بغير اللغة العربية والتجيز والاشهاد واصبح اختلاف المذاهب له اثر في شرعية الطلاق من الناحيتين الشكلية والموضوعية .

(1) محمد ابن احمد الرهوني على شرح الامام الزرقاني، حاشية الامام الرهوني، المطبعة الاميرية، ط1، 1306 هـ، ص 115.

(2) عبد الله بن عبد الرحمن ابا بطين، مصدر سابق، ص 438 - ص 439.

(3) المادة (34 / ثانيا) قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

(4) أ . د حيدر حسين كاظم الشمري، احكام الزواج و الطلاق و اثارهما في التشريع العراقي و الفقه الاسلامي، مصدر مصدر سابق، ص 173 و ص 176.

(5) المادة 199 من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 .

من خلال ما ذكر تكمن الاشكالية في هذا الموضوع في حالة ان الزوجين تم عقد زواجهم في ظل القانون الاحوال الشخصية الذي كان يطبق احكاما موحده ثم في حالة تحويل أحد منهم التحويل الى المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري وكان احد الزوجين مختلفين مذهبيا هل يحكم الطلاق الارادي بموجب العقد وقت الانعقاد ام المذهب الذي اختار الاطراف الخضوع له في انهاء العلاقة ؟ حيث تظهر الاشكالية في حالة الزواج في ظل القانون القديم الذي يكون فيه الطلاق وفق صيغه تختلف عن المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري حيث يشترط حضور شاهدين وطهارة الزوجة حيث ان في مسائل الطلاق يتبنى القضاء العراقي موقفاً يقوم على حماية استقرار الأسرة ولذلك لا يعتد بالطلاق من الناحية القانونية إلا إذا تم إثباته أمام القضاء أو تسجيله لدى المحكمة المختصة وذلك ضماناً لحفظ حقوق الزوجين والأطفال ومنع المنازعات المتعلقة بوقوع الطلاق ويستند هذا الاتجاه إلى فكرة أن الرابطة الزوجية ليست علاقة شخصية مجردة وإنما نظام قانوني.

كما أن القضاء العراقي لا يميز بين المذاهب في الشروط الأساسية للطلاق وإنما يعتمد بصورة رئيسية على الإجراءات القانونية والإثبات القضائي بما يحقق العدالة بين الطرفين وهو ما يعكس اتجاه المشرع إلى توحيد الأحكام الإجرائية الخاصة بالأسرة بعيداً عن الاختلافات المذهبية لذلك فإن المحكمة تنظر إلى تحقق الطلاق وآثاره وفق القواعد القانونية العامة .

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في التفريق وفقاً للاختلاف المذهبي

يعتبر الطلاق القضائي (التفريق بحكم قاضي) هو احدى الوسائل القانونية لحماية الطرف الاكثر تضررا من العلاقة الزوجية وأنهاها بقرار من القاضي بناء على طلب احدهما ولسبب معين⁽¹⁾. ومع ذلك فإن مفهوم الضرر الذي يبرر هذا الطلاق يختلف باختلاف المذاهب مما يؤدي الى تعقيدات وصعوبات عند اختلاف المذهب بين الزوجين.

و الفرقة والتفريق هما من المصطلحات القانونية التي تتعلق بالطلاق او انهاء الزواج وان الفقهاء اهتموا بتوضيح معنى الطلاق بشكل أكبر من معنى الفرقة أو الفسخ وبشكل عام الفرقة تعني انهاء الرابطة الزوجية سواء كان ذلك مؤقتاً او دائماً أو هي الطريقة التي يتم من خلالها انهاء عقد

(1) الموسوعة الفقهية، ج 29، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، الكويت، ط1، 1993م، ص 7.

الزواج مما يؤدي الى قطع العلاقة بين الزوجين اما بالنسبة للجعفرية يعتبرون الفرقة نوعا من الفسخ ومن جهة اخرى ان الحنفية يرون ان الفرقة تعني انتهاء عقد النكاح بينما الشافعية يعتقدون انها تعني انتهاء العقد او انها تصرف يؤدي الى قطع العلاقة الزوجية اما المالكية فيعتبرونها صفة قانونية توقف استمتاع الزوج بزوجه في حين ان الحنابلة يرون انها تعني انتهاء عقد النكاح او جزءا منه.⁽¹⁾

وقد تنوعت الآراء الفقهية في هذا الموضوع حيث يرى المذهب الجعفري (الامامي) ان الضرر الذي تتعرض له الزوجة بسبب سوء المعاملة لا يعتبر سببا مباشرا يخولها المطالبة بالتفريق القضائي وفي رأيهم يجب على الزوجة مراجعة الحاكم الشرعي (القاضي) الذي يعمل على ردع الزوج وتحذيره بالامر بحسن المعاملة واذا لم يتحقق ذلك وأستمرت المشاكل ولم يجد النصيح او التوجيه فهنا يمكن للحاكم اتخاذ قرار بأجراء الطلاق⁽²⁾ وفيما يتعلق بالتفريق للعيوب فقد أضاف فقهاء الامامية الجنون الى قائمة العيوب الجنسية مثل الجب والخصاء والعنة التي تتيح حق الفسخ⁽³⁾ أما بخصوص الغيبة فقد قالوا انه لا يحق للزوجة طلب التفريق مهما طاللت فترة غياب الزوج طالما انها تمتلك مال او يتولى نفقاتها ولي لها وان تصبر على البلاء هذا ما اتجه اليه الفقهاء القدامى بينما المتأخرون من فقهاء الامامية يرون ان الغيبة التي تؤدي الى ضرر كبيرة في الزوجة وعدم تمكنها على الصبر وتخشى الوقوع في الفاحشة حينئذ ترفع امرها للقاضي.⁽⁴⁾

و يتفق مع هذا الرأي مذاهب الشافعية والحنابلة والحنفية بعدم اعتبار سوء المعاملة سببا مباشرا للتفريق حيث يرون ان دور القاضي يقتصر على منع الزوج من اذاء زوجته دون اتخاذ الامر بتطليقها بينما اتفق المالكية وبعض الاحناف على ان الزوجة تملك حقا في طلب التفريق اذا أظهرت ان الزوج يمنعها من حقوقها من خلال الضرب الشديد او السب او الاكراه على المحرمات وقد اعتبر

(1) اشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية و مقارنة)، اطروحة دكتوراه في الفقه و أصوله، الجامعة الاردنية، 2005 م، ص 11.

(2) أ. م. د. هادي حسين الكرعوي، التفريق القضائي (دراسة مقارنة)، مجلة الكوفة، عدد 4، بلا مجلد، بلا سنة نشر، ص 122

(3) زين الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج 5، دار التعرف للطبوعات، لبنان، ص 283. و أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري و حسن ضعيف حمود المعموري، العيوب المرافقة للنكاح (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، مجلة كلية التربية للعلوم التربوية و الانسانية، جامعة بابل، عدد 38، بلا مجلد، 2018 م، ص 786.

(4) أ. م. د. هادي حسين الكرعوي، مصدر السابق، ص 125

المالكية هذا الطلاق بائن لانه الحل الوحيد لانهاء الضرر ⁽¹⁾ بناء على قوله تعالى ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ⁽²⁾ وعلى هذا المنهج سار المشرع العراقي عندما أقر التفريق بسبب الضرر والغيبة .

اما فيما يخص مدد الغيبة فأن المالكية والحنابلة اختلفوا مع بقية المذاهب وسمحوا للزوجة طلب التفريق اذا طال الغيبة وحدث ضرراً لها بسبب الخوف من الفتنة وقد حدد المالكية هذه المدة بسنة او اكثر بينما لا يزال الحنفية والشافعية متمسكين برأيهم الرافض للتفريق بسبب الغيبة مهما طال المدة ⁽³⁾ وفيما يتعلق بالعيوب نجد ان الحنفية فأن من حق الزوجة طلب التفريق اذا توافرت العيوب ثلاثة وهي الجب والخصاء والعنة واضيف الجنون والجدام والبرص دفع للضرر عن الزوجة اما المالكية والشافعية والحنابلة فقد وافقوا الحنفية في هذه العيوب ⁽⁴⁾.

اما فيما يخص التشريعات نلاحظ ان المشرع العراقي نظم حالات التفريق القضائي في المواد (40 - 45) من قانون رقم 188 لسنة 1959 تشمل التفريق للضرر وللشقاق وحالات تقع من قبل الزوجة فقط اما في المدونة الجعفرية فلا يوجد تفريق قضائي حسب ما هو موجود في قانون الاحوال الشخصية وانما هنالك حالات كالهجر والايذاء وعدم الانفاق يمكن ان تقع من قبل القاضي وعليه نصت المادة (40) ⁽⁵⁾ من قانون الاحوال الشخصية على انه ("حق كل من الزوجين طلب التفريق

(1) بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص 444 - ص 445.

(2) سورة البقرة : الاية (231) .

(3) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج7، مصدر سابق، ص 532- ص 533

(4) علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الاسلامية، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2008 م، ص 245

(5) المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 التي تنص (" لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية :

1- اذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر او باولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية.
ويعتبر من قبيل الاضرار ، الادمان على تناول المسكرات او المخدرات ، على ان تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة.

ويعتبر من قبيل الاضرار كذلك، ممارسة القمار في بيت الزوجية.

2- اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية . ويكون من قبيل الخيانة الزوجية، ممارسة الزوج فعل اللواط، باي وجه من الوجوه.

3- اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي.

4- اذا كان الزواج قد عقد خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول .

القضائي عند تضرر أحدهما من الآخر ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية") وقد أشارت المدونة الجعفرية في المادة (72) ⁽¹⁾ الى الطلاق في حالة اذى الزوجة حيث نصت ("إذا كان الزوج يعتدي على زوجته بالضرب أو غيره بلا مبرر ولا يكف عن ذلك جاز لها رفع أمرها الى القاضي لإلزامه بالمعاشرة بالمعروف، فإن امتنع ورفض في الوقت نفسه طلاقها جاز للقاضي أن يطلقها استجابة لطلبها.") ويلاحظ ان المشرع العراقي قد اتخذ منهجاً مختلفاً عن باقي التشريعات في التمييز بين التفريق للضرر وللخلاف اذ نصت في المادة (41) ⁽²⁾ اما المدونة لم تشير الى التفريق للشقاق مما يعني الرجوع لرأي المجلس العلمي في هذه الحالة وهناك بعض الحالات التي اوردها المشرع للزوجة طلب التفريق وهذا ما اشارت اليه المادة (43) ⁽³⁾ من قانون الاحوال الشخصية اما المدونة

5- اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون اذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة 1 من البند 1 من مادة 3 من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 بدلالة الفقرة 6 من مادة 3 من هذا القانون .")

(1) المادة (72) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025
(2) المادة (41) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 التي تنص (" لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء اكان ذلك قبل الدخول او بعده .

2- على المحكمة اجراء التحقيق في اسباب الخلاف فاذا ثبت لها وجوده تعين حكما من اهل الزوجة وحكما من اهل الزوج - ان وجدا - للنظر في اصلاح ذات البين فان تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين فان لم يتفقا انتخبتهما المحكمة .

3- على الحكمين ان يجتهدا في اصلاح فان تعذر عليهما ذلك رفعوا الامر الى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره فان اختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا .

4- ا- اذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن اصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطبيق فرقت المحكمة بينهما .

ب- اذا تم التفريق بعد الدخول يسقط المهر المؤجل اذا كان التقصير من جانب الزوجة سواء كانت مدعية ام مدعى عليها فاذا كانت قد قبضت جميع المهر تلزم برد ما لا يزيد على نصفه اما اذا ثبت ان التقصير واقع من الطرفين فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما .

ج- اذا تم التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد ما قبضته من مهر معجل")
(3) المادة (43) من قانون الاحوال الشخصية التي تنص ("اولا - للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية :

- 1- اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .
- 2- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه .

أشارت الى التفريق بسبب الهجر في المادة (71)⁽¹⁾ التي نصت (" إذا هجر الزوج زوجته هجراً تاماً - وإن لم يترك الإنفاق عليها - فصارت كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة جاز لها رفع أمرها الى القاضي، فيطلب من الزوج القيام بأحد أمرين إما العدول عن هجرها أو تسريحها بالطلاق فإذا امتنع منهما جميعاً ولم يمكن إلزامه جاز للقاضي أن يطلقها بطلبها ذلك. ") وقد اشار المشرع الى التفريق للعيوب في المادة (43/4/)⁽²⁾ (" اذا وجدت زوجها عنيماً او مبتلى بما لا يستطيع معه

3- اذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته اذا لم يكن قد اوفى بحقوقها الزوجية .

4- اذا وجدت زوجها عنيماً او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لاسباب عضوية او نفسية او اذا اصاب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على انه اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها .

5- اذا كان الزوج عقيماً او ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.

6- اذا وجدت بعد العقد ان زوجها مبتلى بعلقة لا يمكن معاشرته بلا ضرر كالجذام او البرص او السل او الزهري او الجنون او انه قد اصاب بعد ذلك بعلقة من هذه العلل او ما يماثلها على انه اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التاجيل اما اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق .

7- اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوماً .

8- اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة .

9- اذا امتنع الزوج عن النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ .

ثانياً - للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول وفي هذه الحالة على المحكمة ان تقضي بالتفريق بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاغراض الزواج .

ثالثاً: ١ - للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة اجنبية اذا مضى على اقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه او امتناعه عن دخول القطر .

ب - يعتبر تاييد الجهة الرسمية المختصة باقامة الزوج في الخارج لاغراض هذه الفقرة بديلاً عن اجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة، على ان يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في احدى الصحف المحلية.

رابعاً : 1 - لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية ان تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور اربع سنوات على فقدانه وعلى المحكمة ان تثبت من استمرار فقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق "

(1) المادة (71) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025

(2) المادة (43 / 4/) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على انه اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها") ونلاحظ ان المشرع العراقي قد أغفل عن الاشارة الى شرط عدم علم الزوجة بالعيب وعدم رضاه به اما المدونة الجعفرية فقد اشارت الى التفريق للعلل في المادة (57) ⁽¹⁾ من المدونة .

وفي المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري تم تقنين هذه القواعد لمنح القاضي صلاحية الطلاق القضائي بناء على ضوابط شرعية جعفرية صارمة حيث انه اذا كان الزوج جعفري فان المحكمة ملزمة باتباع معايير المدونة لاثبات العجز عن الانفاق والضرر الذي يستدعي الطلاق مما يعتبر تضيقا مقارنة بالقانون رقم 188.

اما موقف القضاء فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية في العديد من القرارات على انه للزوجة طلب التفريق وفق المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري وفق احكام المواد 70 و 71 و 72 وجاء في القرار التمييزي ("وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون لان المدعي استحصل على حجة تأييد اختيار المذهب الشرعي الجعفري وان الزوج ليس له طلب التفريق طالما اختار المذهب الشيعي الجعفري") ⁽²⁾ وقضت ايضا ("في الحكم التفريق للضرر قررت محكمة التمييز الاتحادية استحصال موافقة المجلس العلمي بما ينسجم مع احكام المدونة وفق المادة 73 ولاسيما مع ثبوت الضرر من خلال البيئة الشخصية المستمعة والمراسلات المعروضة ...") ⁽³⁾ وكذلك اشارت الى التفريق للضرر للزوجة فقط لان الزوج يملك حق الطلاق حيث اشارت ("...

(1) المادة (57) من المدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 التي تنص على ("لعيوب في الزوج التي توجب الخيار للزوجة في فسخ عقد الزواج أربعة أولاً: الجنون وإن طرأ بعد العقد والدخول". ثانياً: العنن وهو المرض المانع من انتصاب العضو الذكري بحيث يعجز الرجل عن الإيلاج، ولا يثبت الخيار به في الطارئ منه بعد الدخول وكذلك إذا تمكن من الدخول بامرأة أخرى. ثالثاً: الخصاء - وهو نزع الخصيتين - إذا كان سابقاً على العقد. رابعاً: الجب - وهو قطع العضو الذكري بحيث لم يبق منه ما يمكنه به الدخول ولا يثبت الخيار به في الطارئ منه بعد الدخول .)

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية، عدد 868 / هيئة الاحوال الشخصية / 2026 الصادر بتاريخ 19/1/2026 غير منشور

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية / الصادر بالعدد 14395 بتاريخ 2017/10/7

قررت محكمة التمييز الاتحادية رد الدعوى التي اقامها المدعي للتفريق للضرر في حين ان هذا السبب يوجب التفريق للزوجات فقط وفق احكام المواد (69, 70, 71, 72) من مدونة الاحكام الشرعية لان الزوج يملك حق الطلاق لذا قررت المحكمة رد الدعوى.....⁽¹⁾

و قررت محكمة التمييز ("أن المحكمة رفضت دعوى المدعية دون أن تستفسر عن نوع الضرر الكبير الذي يمنع استمرار الحياة الزوجية، وطلبت منها إثبات ذلك قبل أن تستمر في القضية") كما أقرت بأن الضرب الشديد يعد سبباً للتفريق مما يسمح للزوجة بطلب الانفصال إذا تعرضت للعنف الجسدي وأشارت أيضاً إلى ("أنه لا يحق للزوجة المطالبة بالتفريق إذا كانت هي التي تسببت بالضرر لنفسها وسمعتها وسمعة زوجها بسبب ارتكابها فعل الخيانة الزوجية") وقد أكدت هذه القرارات على السلطة التقديرية للقاضي في تقييم درجة الضرر وما إذا كان يمكن أن يسهل استمرار الحياة الزوجية أو لا⁽²⁾.

وقد أشار المشرع العراقي الى السلطة التقديرية للقاضي في العديد من النصوص في قانون المرافعات المدنية العراقي حيث اتاح للقاضي اتخاذ القرار المناسب في الدعوى ومنها دعاوي انهاء الرابطة الزوجية وذلك لان للقاضي ولاية عامة في النظر بالمنازعات حيث اشار في المادة (29)⁽³⁾ من هذا القانون حيث نصت ("تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة الا ما استثنى بقانون خاص") ومن جانب اخر فقد اشارت في المادة (30)⁽⁴⁾ من نفس القانون على انه لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض النص او القانون والا اعتبر الحاكم ممتنع عن احقاق الحق وهذا يعني تفعيل دور القاضي وسلطته التقديرية هي أمر ضروري في الفصل بالمنازعات كونه يفسح المجال له في اختيار الحل العادل⁽⁵⁾.

-
- (1) قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية / الصادر بالعدد 17444 بتاريخ 2025/12/17 .
 - (2) أ.م. د. د. حارث علي ابراهيم و سليمان محمد هلال, سلطة القاضي التقديرية في فض منازعات التفريق القضائي, عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا, ج1, بلا عدد, مجلد 36, 2021, ص 436
 - (3) المادة (29) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل .
 - (4) المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
 - (5) احمد مشتاق طالب جبار, مبدأ الامانة بالاجراءات القضائية (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير في القانون الخاص, جامعة القادسية, 2024م, ص 50 - ص 51 .

وسلطة القاضي التقديرية تظهر في ان القاضي يمكنه الاخذ بأي سبب يؤدي احد الزوجين بالأخر او بالعائلة لو يسبب ضررا يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية حيث يعتمد وجود الضرر على قناعته التي تتقوى بأدلة الاثبات (1).

و كذلك الحال بالنسبة لمسألة النشوز حيث يكون للقاضي سلطة تقديرية في التحقق في أسباب النشوز لى الزوجة والتحقق منها وفق الظروف الموضوعية والشخصية للزوجين وبالتالي لا يمكن اعتبار الزوجة ناشز اذا اشترطت ان يعود الزوج اليها الى بيت اهلها لاستعادة كرامتها ويجب ايضا على القاضي التحقق في الاسباب التي تمنع الزوجة من الرجوع الى بيت الزوجية وليس فقط مجرد امتناعها تعتبر ناشز وعلى القاضي ان يناقش هذا الموضوع جيدا من خلال الدفوع التي تقدمها الزوجة (2).

عندما يتولى القاضي نظر دعوى إنهاء الزواج فإنه يقوم بعدة مهام تعتمد على التقدير فعليه عند الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية أن يحدد وفق سلطته التقديرية ما هي الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم بالتفريق بناءً على ما يقدم له من أدلة يقدمها الخصوم وما دفعه لترتيب الالتزامات المالية مثل التعويض أو النفقة وغيرها من حيث النوع والكم وطبيعة السلطة التقديرية تتجلى في كونها عملاً قانونياً وقضائياً في ذات الوقت يستقل فيه القاضي بتقدير وقائع الدعوى وفهم جوانبها وتفاصيلها وفق ما حدده له القانون من قواعد تحكم عمله ويكون للقاضي بموجب هذه الطبيعة المزدوجة لعمله القدرة على مراعاة العوامل الموضوعية والشخصية في الدعوى والتي أدت إلى حدوث النزاع أو صعوبة استمرار الرابطة الزوجية (3).

و تتور الاشكالية في حالة الاختلاف المذهبي لكل من الزوجين واختيار المدونة الجعفرية فأن ذلك لا يغير فقط القواعد الموضوعية للطلاق وانما يعيد التوازن الشكلي والموضوعي بين الزوجين مما

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 2015 هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2018، بتاريخ 8/5/2018 وقرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 7861 هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية 2017، بتاريخ 2017/12/4 نقلا عن : وئام عبد علي حاتم و اسماعيل محمود محمد الجبوري، سلطة القاضي التقديرية في انهاء الرابطة الزوجية بين الشريعة الاسلامية و القانون، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد2، مجلد 12، 2021، ص 641 .

(2) وئام عبد علي حاتم و اسماعيل محمود محمد الجبوري المصدر السابق، ص 642 .

(3) وئام عبد علي حاتم و اسماعيل محمود محمد الجبوري المصدر السابق، ص 644.

يؤدي الى تضيق الحماية القضائية للطرف المتضرر مما يجب الحماية من ان يكون التحول المذهبي وسيلة لانتقاص من الضمانات القانونية للطرف الاضعف وقد تطرق التعديل انه في حالة الاختلاف تعتد المحاكم في قضايا الطلاق والميراث وتنفيذ الوصية اختيار المطلق والموصي والمورث وفي غيرها ما يختاره الطرفين بشرط ان يكونا كاملين الاهلية وفي حال عدم تحقق الاغلبية تختار المحكمة ما هو اقرب الى العدل والانصاف .

وفي ظل الاختلاف المذهبي فقد منح القانون والقضاء سلطة واسعة للمحكمة في التفريق بين الزوجين عند تحقق أسباب معينة تجعل استمرار الحياة الزوجية متعزراً أو مضرراً بأحد الطرفين ومن أبرز هذه الأسباب هي الضرر، والشقاق المستحكم، وعدم الإنفاق، والهجر، وسوء المعاشرة، وغيرها من الحالات التي تؤدي إلى انهيار العلاقة الزوجية ويُلاحظ أن القضاء العراقي اتجه إلى التوسع في تفسير أسباب التفريق بهدف حماية الطرف المتضرر ومنع تعسف أحد الزوجين في استعمال حقوقه فلا يُترك الزوج أو الزوجة تحت سلطة تعسفية تؤدي إلى الإضرار بحياته الأسرية لذلك فإن المحكمة قد تتدخل لإنهاء العلاقة الزوجية متى ثبت لديها أن استمرارها يؤدي إلى ضرر حقيقي أو استحالة العشرة بين الطرفين بغض النظر عن انتمائهما المذهبي ويُعد هذا الاتجاه منسجماً مع التطورات الحديثة التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين احترام الأحكام الشرعية وبين الاستقرار الاسري مع إعطاء القضاء دوراً محورياً في معالجة النزاعات الأسرية وفقاً لظروف كل حالة على حده.

ويظهر تأثير الاختلاف المذهبي بشكل أوضح في دعاوى التفريق القضائي عندما يكون الزوجان من مذهبين مختلفين، إذ قد تختلف الشروط والأسباب التي تؤدي للتفريق من مذهب لمذهب آخر فبعض الأسباب التي تعتبر مبرراً للتفريق في الفقه المالكي أو في قانون الأحوال الشخصية العراقي قد لا تؤدي لنفس النتيجة وفق الفقه الإمامي وخاصة في مسائل الضرر والغيبة والهجر ويزداد الوضع تعقيداً بعد أن صدرت مدونة الأحكام الشرعية الجعفرية رقم (1) لسنة 2025، إذ يثار التساؤل حول المذهب الذي يجب تطبيقه عند اختلاف الزوجين، ومدى تأثير اختيار أحدهما للمذهب الجعفري على نطاق الحماية القضائية المقررة للطرف المتضرر لذلك يصبح دور القضاء مهماً في تحقيق التوازن بين احترام الانتماء المذهبي وبين ضمان عدم حرمان أي من الزوجين من وسائل الحماية القانونية المقررة له، مما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار الأسرة.

وفي ضوء ما تقدم نرى إن موقف القضاء يتميز بمنح القاضي حرية كبيرة سواء في تقدير العذر المشروع في الهجر أو في تقييم العيوب والأمراض وهو ما يدل على أن المشرع قد تعمد ترك مساحة

للاجتهاد القضائي لمواكبة تنوع الحالات الواقعية إلا أن هذا الاتجاه على الرغم من أهميته قد يثير مشكلة عدم توحيد الأحكام فضلاً عن أن التشدد في بعض الشروط كمدة الهجر التي تصل إلى سنتين والتي قد يؤدي إلى الأذى الذي يقع على الزوجة ما يستدعي إعادة النظر التشريعي لتحقيق توازن أدق بين استقرار الأسرة وتقليل الضرر.

المطلب الثاني

الحضانة على وفق الاختلاف المذهبي

تعد الحضانة من أهم النتائج غير المالية الناتجة عن عقد الزواج لأنها ترتبط برعاية الطفل وتحقيق مصلحته وتزداد أهمية هذه النقطة في حالة اختلاف المذهب بين الزوجين حيث يؤثر ذلك على القواعد التي تحكم الحضانة ومعايير استحقاقها ويظهر تأثير هذا الاختلاف في توضيح القواعد العامة المنظمة للحضانة وكذلك في مدى اعتبار مذهب الأب أو الأم عند تحديد مصلحة المحضون مما يؤدي إلى تباين في طريقة تنظيم هذا الحق .

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول القواعد العامة للحضانة وفقاً للاختلاف المذهبي وفي الفرع الثاني سنتطرق الى مدى تأثير مذهب الاب او الام في تقرير مصلحة المحضون

الفرع الأول

القواعد العامة للحضانة وفقاً للاختلاف المذهبي في عقد الزواج

تعد الحضانة من أهم الانظمة التي اهتم بها الفقه الاسلامي بسبب دورها المهم في حماية الطفل ورعايته بعد حدوث النزاع او الانفصال بين الزوجين⁽¹⁾ .

و تزداد أهمية هذا الموضوع عند اختلاف المذهب بين الزوجين اذ من الممكن ان يؤدي هذا الاختلاف الى تباين في الاحكام الشرعية المتعلقة بمستحققي الحضانة او شروطها او مدتها مما قد يسبب مشاكل عملية عند تقديم نزاع امام القضاء لذلك تظهر الحاجة لشرح القواعد العامة التي تنظم الحضانة في الفقه الاسلامي وتأثير الاختلاف المذهبي على حق الحضانة وترتيب مستحقيها.

(1) فوز نجاح خضير، أحكام حضانة الاقارب، رسالة ماجستير في القانون الخاص، مقدمة الى معهد العلمين للدراسات، 2025م، ص9.

و يقصد (بالحضانة) في الفقه الاسلامي بأنها الاهتمام بتربية الطفل الذي لا يعتمد على نفسه برعاية اموره مثل طعامه وملبسه ونومه وحمايته مما يضره او يؤذيه (1).

كما عرفت بأنها حماية الصغير العاجز والمجنون والمعتوه من الضرر بقدر الأماكن والقيام برعايته ومصالحته من تنظيف وأطعام وما يحتاج لراحته (2).

وقد عرف فقه المذهب الجعفري (الحضانة) بأنها سلطة وشأن في تربية الطفل وكل ما يتعلق بحفظه مثل جعله في سريره وتنظيفه وغسل ملابسه وما غير ذلك (3).

ومن الملاحظ ان الجعفرية حددوا الحضانة بهدف الحفاظ على مصلحة الطفل وتربيته وقالوا عنها ولاية اي قيدها للتربية والفائدة ولكنها ليست ولاية مطلقة كما قد يفهم من القول النجفي حتى وان كانت كلمة ولاية تعطي معنى الوجوب والالزام وانهم قد ذكروا ان الانثى اقدر من الرجل على الرعاية وطبيعتها ملائمة لذلك (4).

وقد حرص الفقهاء على توضيح مفهوم الحضانة كنظام يهدف الى حماية الصغير من الاهمال والضياع لذلك فأن معناها لا يقتصر على حفظ الطفل وانما يتضمن ايضا تربيته وتعليمه وتلبية جميع احتياجاته الاساسية .

و تعتمد مشروعية الحضانة على نصوص عديدة من الكتاب والسنة ومن اهمها ما ورد في السنة النبوية من قول النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) (انت احق به مالم تنكحي) (5) حيث استدل الفقهاء بهذا الحديث على احقية الام بحضانة الطفل في السنوات الاولى لتمييزها بالعاطفة

(1) محمد مصطفى الشلبي، احكام الاسرة في الاسلام، مصدر سابق، ص 753.

(2) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003م، ص520. و سعدي ابو حبيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دار الفكر، ط2، 1988م، ص93.

(3) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ج32، مصدر سابق، ص 491.

(4) فوز نجاح خضير، المصدر السابق، ص 13 .

(5) الحافظ علي بن عمر الدارقطني ، سنن الدارقطني ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط1 ، 1996م ، ص 211. و ليلان رشيد فائق، احكام الحضانة في الفقه و القانون، بحث مقدم لعضوة الادعاء العام، لمتطلبات نيل ترقية من الصنف الثاني الى الصنف الاول من الادعاء العام، 2022 م، ص7.

وقدرتها على رعاية الصغير وذلك لان المرأة اعرف بأمور التربية واكثر تحملا للمشاق والصبر على زمام الامور⁽¹⁾.

كما ان الحضانة في جوهرها وضعت لتحقيق مصلحة الطفل قبل ان تكون حقا للحاضن اذ ان الهدف الرئيسي منها هو حماية المحضون وضمان نشأته بشكل سليم .

ومن هذا المنطلق يعد الحق في الحضانة حقا للمحضون بالدرجة الاولى مما يستلزم عدم جواز تنازل الام عنها بارادتها اذا لم يكن هنالك من يصلح للحضانة غيرها كما لا يجوز اجبارها على ترك الحضانة لغيرها اذا كان الطفل لا يتقبل تلك الحاضنة وكان في ذلك ضرر لمصلحته لان مصلحة الطفل هي الاهم في هذا الموضوع⁽²⁾ .

حيث اتفق فقهاء الشيعة (الجعفرية) على ان حق الحضانة وطبيعتها من مصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضن فكما تكون الحضانة حقا للحاضن هي ايضا حق للطفل على اهله فاذا رفض الابوان حضانة صغيرهم فسيجبران عليها وليس للحاضن ان يتنازل عنها لغيره⁽³⁾ .

اما فقهاء المذهب الحنفي فقد انقسموا الى اتجاهين بشأن طبيعة الحضانة الفريق الاول يرى ان الحضانة حق للمحضون وذلك لانه يحتاج الى من يرعاه ويحتضنه وليس للحاضن ان يمتنع عنها وانما يجب عليه ذلك باعتباره حقا عينيا⁽⁴⁾ .

بينما يرى الفريق الثاني ان الحضانة هي حق الحاضن اذ يرى ان الحضانة تكون اساسا للام وهي احق بحضانة المحضون اذا حدثت الفرقة بينها وبين زوجها وذلك بسبب عطف الام وشفقتها اكثر من الاب⁽⁵⁾ .

(1) د. عادل موسى عوض، حقوق المحضون في الفقه الاسلامي دراسة فقهيه مقارنة، مجلة الدراسات الاسلامية و البحوث الاكاديمية، عدد 62، بلا مجلد، بلا سنة نشر، ص 136.

(2) حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، الحضانة في قانون الاحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 146.

(3) ايه الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله) ، منهاج الصالحين، ج3، مصدر سابق، ص 122.

(4) فوز نجاح خضير، مصدر سابق، ص 21.

(5) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج6، مصدر سابق، ص 169.

و بين هذين الاتجاهين ظهر رأي ثالث لبعض فقهاء المالكية يرى بأن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون معا فلا يقتصر على احدهم دون الآخر مع اعتبار لمصلحة المحضون عند تعارض الآراء⁽¹⁾.

أما بالنسبة لترتيب مستحقي الحضانة فان المذاهب الإسلامية تتفق على ان الام هي الاولى بحضانة الطفل في السنوات الاولى من عمره ولكن الاختلاف يظهر في ترتيب الآخرين بعد الام ففي الفقه الامامي (الجعفري) فيقر بان الحضانة تثبت للام في السنوات الاولى من حياة الطفل ثم تنتقل للاب بعد وصول الطفل الى سن معين اذ يرى فقهاء هذا المذهب ان للاب دور رئيسي في تربية الطفل بعد ان يتجاوز الطفولة المبكرة⁽²⁾.

بينما الفقه الحنفي فتقدم الام في الحضانة ثم امهاتها ثم ام الاب ثم الاخوات والخالات والعمات وبعد ذلك ينتقل الى الاب⁽³⁾. اما المذهب المالكي فانه يعطي اعتبار لعلاقات الام فتكون الحضانة لها ثم لامها ثم للخالة ويقدم هذا المذهب قريبات الام على غيرهن في ترتيب الحضانة⁽⁴⁾ بينما في المذهبين الشافعي والحنبلي نجد ان الترتيب قريب من الفقه الحنفي مع بعض الاختلاف في تحديد الاولويات بين الاقارب⁽⁵⁾.

وان الفقه الاسلامي لا يتناول بيان ترتيب مستحقي الحضانة فقط وانما وضع عدة شروط التي يشترط توافرها في الحاضن لكي يكون صالحا لرعاية الطفل وعليه قد اتفقت المذاهب الفقهية على عدة شروط اساسية ومن اهمها ان يكون الحاضن عاقلا بالغا⁽⁶⁾ وامينا⁽⁷⁾ وقادرا على تربية الطفل

(1) د. ليلي عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الاسرة (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، عدد 3، بلا مجلد، السنة الثامنة، بلا سنة نشر، ص 233-234.

(2) ستا ابراهيم الشيخ احمد، حضانة الطفل في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في الاداب، مقدمة الى جامعة الخرطوم، 2009 م، ص 34-35.

(3) م.م. هدى نجيب عباس الشامي و سجاد عبد الكاظم جبر الحسيني، حق الحضانة في ضوء قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ و التشريعات المقترحة البديله، مجلة الشرق الاوسط، عدد 4، مجلد 2، 2022، ص 5.

(4) أ.م.د. عطا مهدي فليح، الحضانة في الفقه الاسلامي، مجلة كلية التربية الاساسية، عدد خاص وقائع مؤتمر العلمي التاسع عشر، 2019، ص 516.

(5) م.م. هدى نجيب عباس الشامي و سجاد عبد الكاظم جبر الحسيني، مصدر السابق، ص 6.

(6) د. عبد الباري حمدان سليمان و د. منتصر يوسف احمد، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، جامعة جنوب الوادي، بلا مكان طبع، بلا سنة نشر، ص 373.

(7) د. عبد الباري حمدان سليمان و د. منتصر يوسف احمد، المصدر اعلاه، ص 373.

ورعايته⁽¹⁾ وان يكون خاليا من الامراض الخطيرة التي قد تعرض الطفل للخطر وقد اشترط الفقهاء ان يكون الحاضن قادرا على توافر البيئة المناسبة لنشأة الطفل من الناحية الاخلاقية والتربوية⁽²⁾.

وقد اختلف فقهاء الأمة الإسلامية في تحديد مدة الرعاية التي يحتاج فيها الطفل الصغير إلى من يتولى شؤونه والقيام بما لا يستطيع بنفسه في مرحلة الطفولة المبكرة فقد ذهب فقهاء الشيعة الإمامية بما جاء عنهم في الى رأيين أولهما رأي متقدم يرى أن الأم أحق برعاية الصبي الذكر مدة الرضاعة وهي سنتان وبالرعاية للبنات سبع سنوات ثم ينتقل حق الرعاية بعد ذلك إلى الأب أما الرأي المتأخر فيرى أن مدة الرعاية تكون سبع سنوات لكل من الذكر والأنثى دون تفريق بينهم⁽³⁾ بينما يرى فقهاء الحنفية إلى أن مدة الرعاية للولد الذكر تكون سبع سنوات أما الأنثى فتكون رعايتها تسع سنوات باعتبار أن ذلك يقارب سن البلوغ الشرعي اما فقهاء المالكية يرى أن رعاية الذكر تستمر إلى حين بلوغه في حين تبقى البنت في رعاية أمها إلى أن تتزوج ويحدث الدخول بها شرعاً بالخوة الصحيحة أما فقهاء الشافعية فقد قرروا أن الأم أحق بالرعاية إلى أن يبلغ الصبي أو البنت سن التمييز والإدراك وقد قدره بنحو عشر سنوات في حين ذهب فقهاء الحنابلة إلى أن مدة الرعاية سبع سنوات لكل من الذكر والأنثى على حد سواء⁽⁴⁾.

و من خلال عرض اراء الفقهاء حول مدة الحضانة كون ان الحضانة شرعت لمصلحة المحضون نرى ان المدة الانسب ان الطفل في المراحل المبكرة من العمر حتى السابعة من العمر يبقى عند الام سواء كان ذكر ام انثى اما بعد السابعة بالنسبة للأنثى الانسب استمرار حضانة الام لها حتى البلوغ كونها تحتاج للتعليم بعض الشؤون الخاصة و الرعاية العاطفية بينما الذكر فإنه ينتقل الى الاب بعد سن التمييز او البلوغ .

(1) فوز نجاح خضير , مصدر سابق , ص 73.

(2) : ليلان رشيد فائق, مصدر سابق, ص 14-15 .

(3) علي محمد الطباطبائي الحائري, الشرح الصغير في شرح المختصر النافع, تحقيق : مهدي الرجائي و محمود المرعشي, ج2, مكتبة اية الله العظمى المرعشي النجفي العامة, قم, 1409هـ, ص 410. و فتاوى محمد سعيد الطباطبائي الحكيم, منهاج الصالحين, ج3, ط7, 2012م, ص 59-60.

(4) عبد الرحمن الجزيري, الفقه على المذاهب الاربعة, ج4, مصدر سابق, ص 523-524. و محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين بدر الدين العيني الحنفي, البناية شرح الهداية, تحقيق : ايمن صالح شعبان, ج5, دار الكتب العلمية, ط1, بيروت, 2000م, ص 649-650 . و محمد بن يحيى المطهر, احكام الاحوال الشخصية من فقه الشريعة الاسلامية, ج2, شركة الفرسان, القاهرة, 2008 م, ص 601-603.

و يتضح موقف التشريعات الحديثة من موضوع الحضانة من خلال محاولاتها في التوازن بين القوانين التقليدية ورعاية مصلحة الطفل اذ سعى المشرع العراقي الى تنظيم احكام الحضانة بما يضمن مصلحة الطفل مع الاعتماد على اصول الفقه الاسلامي عند وضع هذه الاحكام.

ففي التشريع العراقي نظم قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل احكام الحضانة في المادة (1/57)⁽¹⁾ منه حيث قرر ان الام هي الاحق في حضانة ولدها وتربيته اثناء الزواج وبعد الانفصال ما دامت مستوفية لشروط الحضانة ويعكس هذا حرص المشرع على ابقاء الطفل في سنواته الاولى مع امه لانه يحتاج الى من يرعاه .

وقد نصت الفقرة (7)⁽²⁾ من المادة نفسها على انه في حال فقدان الام احد شروط الحضانة او وفاتها فان الحضانة تنتقل الى الاب الا اذا قضت مصلحة الصغير غير ذلك وللمحكمة سلطة تقديرية في ذلك كما بينت الفقرة (9)⁽³⁾ انه اذا فقد الاب احد شروط الحضانة فأن الصغير يبقى مع الام دام انها مستوفية لشروط الحضانة .

و لم يقف قانون الاحوال الشخصية العراقي عند النصوص الاصلية للقانون وانما طرأت عليه عدة تعديلات فقد تناولت مدونة الاحكام الجعفرية احكام الحضانة في المادة (81)⁽⁴⁾ منه حيث قررت

(1) المادة (1/57) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 و التي تنص على ان ("الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك ."

(2) المادة (7/57) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل و التي تنص على ان ("في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير ."

(3) المادة (9/57) من قانون الاحوال الشخصية رقم 1959 المعدل و التي تنص على ان (" - اذا فقد ابو الصغير احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه ما دامت محتقة بشروط الحضانة, دون ان يكون لاقربه من النساء او الرجال حق منازلتها لحين بلوغه سن الرشد .

ب - اذا مات ابو الصغير فيبقى الصغير لدى امه وان تزوجت باجنبي عنه من العراقيين بشرط :

1 - ان تكون الام محتقة ببقية شروط الحضانة .

2 - ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقاءه مع الام .

3 - ان يتعهد زوج الام حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به .

ج - اذا اخل زوج الام بالتعهد المنصوص عليه في 3 من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة"

(4) المادة (81) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص على ان ("حضانة الولد وتربيته وما يتعلق بها من مصلحة حفظه ورعايته تكون في مدة الرضاع - وهي حolan كاملان - من حق الأم، وتبقى لها الى أن يبلغ الولد سبع سنوات - ذكراً كان أو أنثى - ثم تكون الحضانة للأب إلى آخر مدتها."

ان حضانة الطفل في مرحلة الرضاع وهي سنتان كاملتان تكون من حق الام فقط نظرا لحاجة الطفل حتى يبلغ السابعة من العمر سواء كان ذكرا او انثى كما بينت المادة (84)⁽¹⁾ من المدونة انه اذا مات الاب بعد استحقاقه الحضانة فأن الام تكون احق بالطفل من وصي الاب وسائر اقربائه وقد اشارت في المادة (88)⁽²⁾ على مسألة انتهاء الحضانة وذلك ببلوغ سن الرشد حيث نص على انه ("تنتهي الحضانة ببلوغ الولد رشيداً - فإذا وصل إلى سن البلوغ وكان رشيداً - بحيث يميز ما فيه الصلاح عن غيره - لم يكن لأحد حق الحضانة عليه حتى الأبوين، بل هو مالك لنفسه - ذكراً كان أو أنثى - فله الخيار في الانضمام الى من يشاء منهما أو من غيرهما. ") .

وان التنازل عن الحضانة بين الابوين لم يرد في قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 حيث ذكر ان الحضانة من حق الام وان التنازل عنها مخالف للنظام العام فقد جاء في المادة (130) من القانون المدني (2/130) ("يعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية ... ") وهذا ما أيده العديد من القرارات القضائية في انه لا يجوز التنازل عنها لو التعامل معها في خلع او غيره⁽³⁾، بينما ذكر في المادة (87)⁽⁴⁾ من مدونة الاحكام الشرعية الجعفرية رقم (1) لسنة 2025 والتي نص على ("يجوز لكل من الابوين التنازل عن حق الحضانة للأخر بالنسبة الى تمام مدة الحضانة او بعضها ولا يجوز له التنازل الى غيره")⁽⁵⁾.

(1) المادة (84) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي (الجعفري) رقم 1 لسنة 2025 و التي تنص (" إذا مات الأب بعد استحقاقه لحضانة الولد فالأم أحق بحضانته من الوصي لأبيه ومن جده وجدته له وغيرهما من أقاربه سواء أتزوجت أم لا . وإذا ماتت الأم في زمن حضانتها صارت الحضانة للأب وليس لوصيها ولا لأبيها ولا لأمها فضلاً عن باقي أقاربها حق في ذلك. ")

(2) المادة (88) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم 1 لسنة 2025 .

(3) م. شذى مظفر حسين، حضانة الطفل في قانون الاحوال الشخصية العراقي و الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، مجلة أوروک، عدد2، مجلد 9، 2016، ص 610.

(4) المادة (87) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري رقم (1) لسنة 2025 .

(5) قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد2026/5656 بتاريخ 2026/3/29 غير منشور و الذي جاء فيه ("وجد ان الحكم صحيح و موافق للشرع للأسباب و الحثثيات الواردة في الحكم المطعون فيه لان المدعى عليه لم يستحصل على حجة اختيار المذهب الشيعي الجعفري حتى يصار الى تطبيق احكام المادة (87) من مدونة الاحكام الشرعية و حيث قضت المحكمة برد الدعوى فيكون حكمها صحيحاً ")

ومن خلال ما تقدم يتضح ان التشريع العراقي يعتمد على مصلحة المحضون كأساس في الحضانة وهذا المبدأ اكدته الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 والتي نصت في مادتها الثالثة⁽¹⁾ على اعتبار مصلحة الطفل الاولى في جميع الاجراءات التي تتعلق به .

وبذلك يتضح ان مسألة الحضانة على الرغم من انها محل اتفاق المذاهب الإسلامية من حيث مشروعيتها واهدافها الا ان الاختلاف يظهر في بعض التفاصيل مثلاً ترتيب مستحقي الحضانة ومدتها مما يؤدي الى مشكلات قانونية في حال اختلاف مذهب الزوجين مما يستدعي تدخل التشريع والقضاء لضمان تحقيق المصلحة الفضلى للمحضون .

ومن الناحية القضائية يلاحظ ان المشرع العراقي في مدونة الاحكام الجعفرية رقم (1) لسنة 2025 قد منح المحكمة صلاحيات اكبر في تمديد مدة حضانة الام وفي تقرير الجهة الاصلح للطفل وكذلك تحديد سن البلوغ والتي قضت في قرار لها ("وجد ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لأن البنت تولد (2017/1/30) بالغة شرعاً بإتمامها من التسع سنوات هلالية مما يقتضي التحقق من رشدها لأنها ان بلغت رشيدة تنتهي الحضانة بحقها ويكون لها الخيار بالانضمام مع من تشاء من والديها أو غيرهما استناداً الأحكام المادة (٨٨) من مدونة الأحكام الشرعية")⁽²⁾ وجاء ايضا في محضر اجتماع المجلس العلمي على انه ("الرشد ليس هو البلوغ الشرعي ترتفع الحضانة عن الولد ذكراً كان أو أنثى - ويكون مخييراً في الانضمام إلى أحد أبويه إذا تحقق فيه امران الأمر الأول: البلوغ الشرعي والأمر الثاني الرشد وان مجرد البلوغ لا يعتبر الإنسان رشيداً. والرشيد هو الذي يميز ما

(1) المادة (3) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 و التي نصت على انه ("في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى")

2- تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللزمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانوناً عنه، وتتخذ، تحقيقاً لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.

3- تكفل الدول الأطراف أن تنقيد المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولا سيما في مجالي السلامة والصحة وفي عدد موظفيها وصلاحياتهم للعمل، وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف).

(2) القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية /هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية /2026 بتاريخ

2026/2/12 غير منشور .

يصلحه من أمور حياته مما لا يصلحه وما ينفعه من التصرفات مما لا ينفعه بحيث يكون قادراً على إدارة شؤونه مستقلاً ولا يوجد من محدد للرشد فهو يختلف من شخص إلى آخر وغالباً تتأخر مرحلة الرشد عن سن البلوغ الشرعي بسنوات ويعرف الرشيد من خلال تصرفاته واختبار وإذا حصل نزاع بين الأطراف في وصول الولد المرحلة الرشد فللقاضي أن يحدد ذلك من خلال الضوابط المذكورة بالاعتماد على ذوي خبرة وإذا بلغ المحضون شرعاً ثم وصل إلى مرحلة الرشد فله حق الاختيار في الانضمام إلى أحد أبويه أو أجداده أو أعمامه أو أخواله ويلزم أن يكون اختياره بحسب الموازين العقلانية والعرفية. وإن كان إختياره بخلاف ما ذكر كان ذلك مؤشراً عن عدم رشد ويكون الاختبار أمام القاضي لفض نزاع الدعوى⁽¹⁾ وكذلك قضت في قرار لها على انه (" لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الأمر بالبنت 2014/6/21 بالغة شرعاً مما يقتضي التحقق من رشدها لأنها ان بلغت رشيدة تنتهي الحضانة بحقها ويكون لها الخيار بالانضمام مع من تشاء من والديها أو غيرهما استناداً لأحكام المادة (٨٨) من مدونة الأحكام الشرعية ، وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما أخل بصحته لذا قرر نقضه")⁽²⁾ وايضا (" وقد أورد القانون في الفقرة (1) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية على ان الام احق بحضانة المحضون وتربيته وان الدار التي تسكنها المدعية متوفرة فيها شروط العيش من خلال تقرير مكتب البحث الاجتماعي للمحكمة المناوبة وحسب طبيعة البيئة في منطقة سكن المدعية وان الطفلين بحاجة الى العيش مع والدتهم المدعية عليه ولكل ما تقدم : قررت المحكمة الحكم بضم حضانة الطفلين كل من الطفل الاول تولد 2020 والآخر تولد 2022 لوالدتهم المدعية والزام المدعى عليه بتسليم الطفلين لها لترعى شؤونهم وفقاً لما هو معروف شرعاً وقانوناً وعرفاً")⁽³⁾

(1) محضر المجلس العلمي رقم 177 لسنة 2026 الصادر بتاريخ 2026/3/10 المنشور على الرابط <https://www.facebook.com/share/p/1C1ems9g66> تاريخ الزيارة 2026/9/17 ، الوقت 10:57 .

(2) القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية /هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية /2026 بتاريخ 25/2/2026 غير منشور .

(3) القرار الصادر من محكمة استئناف بغداد/ احوال شخصية / بتاريخ 11/12/2025 غير منشور و جاء في قرار لهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية ("أن اختيار احد الزوجين تطبيق احكام المذهب الشيعي الجعفري وفق قانون رقم (1) لسنة 2025 يكون ملزماً و يسري على الزوجين و الاولاد القاصرين متى ما كان عقد الزواج مبرماً وفق المذهب الشيعي الجعفري و كذلك اكد القرار على وجوب تطبيق مدونة الاحكام الشرعية الجعفرية و ان حضانة الاولاد بعد اكمالهم سن السابعة تنتقل للاب ما لم يثبت عدم اهليته للحضانة") قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 17/ الهيئة

و نرى أن معيار مصلحة المحضون يجب أن يبقى المعيار الأساس في فض جميع نزاعات الحضانة بغض النظر عن الانتماء المذهبي للأبوين، لأن الهدف من الحضانة هو حماية الطفل وضمان تنشئته الصحية، وليس تفضيل مذهب على آخر كما أن اعتماد القضاء العراقي على مصلحة المحضون يمنحه مرونة أكبر في التعامل مع حالات الاختلاف المذهبي .

ومن خلال ما تقدم يمكن القول إن الحضانة في الفقه الإسلامي لم تُحدد فقط لتنظيم العلاقة بين الأبوين بعد الانفصال وإنما وُضعت أساساً لحماية مصلحة الطفل وضمان نشأته في بيئة آمنة ومستقرة وعلى الرغم من اختلاف المذاهب الإسلامية في بعض التفاصيل المتعلقة بمدة الحضانة أو ترتيب مستحقها إلا أن هذا الاختلاف لا يؤثر على جوهر الفكرة التي اتفقت عليها جميع المذاهب وهي أن مصلحة المحضون هي الأساس الذي تبنى عليه أحكام الحضانة كما يظهر أن التشريعات الحديثة ومنها التشريع العراقي والإيراني قد تأثرت بشكل كبير بهذه القواعد الفقهية مع منح القضاء دوراً أكبر في تقدير الجهة الأنسب لحضانة الطفل بما يحقق مصلحته الفضلى وبناءً على ذلك فإن الاختلاف المذهبي لا ينبغي أن يكون سبباً لحرمان الطفل من الرعاية المناسبة بل يجب أن يُعالج من خلال التوفيق بين الآراء الفقهية المختلفة واختيار ما يحقق مصلحة المحضون بالدرجة الأولى لأن الحضانة في حقيقتها ليست حقاً للأبوين بقدر ما هي حق أصيل للطفل نفسه.

الفرع الثاني

مدى تأثير مذهب الاب او الام في تقرير مصلحة المحضون

العامّة / 2025، بتاريخ 2025/10/27 غير منشور .و في قرار اخر ("ذهبت المحكمة الى ان زواج المطلقة يسقط حقها في الحضانة أستنادا الى المادة (83) من مدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الجعفري") قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16404 / احوال شخصية / 2025، بتاريخ 2025/11/26 غير منشور .و ايضا في قرار اخر ("الذي قضى بتسليم المحضون للاب لتجاوزه سن السبع سنوات وفق المادة (81) من مدونة الاحكام الشرعية") قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16641 / احوال شخصية / 2025، بتاريخ 2025/12/3 غير منشور . و قرار اخر ("ايدت المحكمة قرار محكمة الموضوع (الكوت) بضم المحضونة لوالدها أستنادا لحجة اختيار المذهب الجعفري و تطبيق أحكام المادة(81) من مدونة الاحكام الشرعية) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16908 / 2025، بتاريخ 2025/12/8 .و جاء ايضا في قرار لمحكمة التمييز ("حيث شددت محكمة التمييز على وجوب تقييد المحاكم بتطبيق مدونة الاحكام الشرعية للمذهب الجعفري دون الاستناد لقانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 عند وجود حجة اختيار المذهب") قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16015 / 2025، بتاريخ 2025/11/23 غير منشور .

بعد ان تطرقنا الى القواعد العامة التي تحكم الحضانة في حالة الاختلاف المذهبي بين الزوجين تبرز مسألة اخرى لا تقل عنها أهمية وهي مدى تأثير الانتماء المذهبي لكل من الاب والام في تحديد الطرف الاحق في حضانة الاطفال .

وتظهر أهمية هذه المسألة بصورة خاصة في المجتمعات التي تتعدد فيها المذاهب الفقهية اذ انه قد يؤدي اختلاف المذهب بين الزوجين الى أثارة عدة تساؤلات حول الجهة التي يتبعها الطفل مذهبيا ؟ وما اذا كان هذا الاختلاف يؤثر في صلاحية أحد الابوين لتولي الحضانة ؟

أولاً: تأثير الانتماء المذهبي للأبوين: يشير اختلاف المذهب بين الابوين الى جملة من التساؤلات الفقهية والقانونية من ابرزها فيما يتعلق بمدى تأثير هذا الاختلاف في تقرير الحضانة ؟ وهل يتبع الطفل مذهب الاب ام مذهب الام ؟ وما اذا كان الاختلاف المذهبي يمكن ان يكون سببا لاسقاط الحضانة عن احد الابوين ؟

وقد عالج الفقه الاسلامي هذه المسألة من خلال مجموعة من المبادئ العامة والتي تهدف الى حماية مصلحة الطفل قبل اي اعتبار اذ ان الحضانة شرعت لمصلحة المحضون فتكون لمن هو قادرا على ادائها ⁽¹⁾ والاصل في الفقه الاسلامي أن الطفل يتبع اباه في النسب والدين باعتبار ان الاب هو صاحب الولاية العامة على ولده والحق في النفقة على الطفل وحمايته ⁽²⁾ ومع ذلك فإنه عند الرجوع الى قواعد الشريعة الإسلامية يظهر ان للأولاد حقوق وعلاقات بالوالدين تختلف بكيانها واحكامها وتتمثل هذه الحقوق في حق الاولاد في ثبوت النسب وفي ولاية التربية الاولى اي الحضانة والحق في النفقة ثم ولاية الحفظ والتي تبدأ بعد انتهاء الحضانة ⁽³⁾ ومع ذلك فإن هذا الاصل لا يعني ان اختلاف المذهب بين الابوين يؤدي الى حرمان احدهم من الحضانة اذ ان اغلبية الفقهاء لا يعدون الاختلاف المذهبي سببا مباشرا لاسقاط الحضانة ⁽⁴⁾ وبناءا على ذلك فإن الحضانة بوصفها من اثار الزواج فإنه

(1) شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، الجزائر، 2013م، ص416.

(2) امال برجى، الاشكالات القانونية المرتبطة بحضانة الاولاد الناجمين عن الزواج المختلط، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الجزائر، 2022 م، ص 19.

(3) امال برجى، المصدر السابق، ص 19.

(4) د. فتحة محمود الحنفي، احكام الحضانة في الفقه الاسلامي، القاهرة، بلا سنة نشر، ص 841 . و السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين ، ج3، مصدر سابق، ص 122 . الكاساني، مصدر سابق، ص 42.

يجوز تولي الحضانة ما دام الحاضن قادرا على توفير الرعاية اللازمة للطفل وضمان تنشئته تنشئة سليمة من الناحية الدينية والأخلاقية حيث ان اغلب الاطفال جاء فسادهم بسبب اهمال الاباء لهم وترك تعليمهم واجبات الدين وسنته فأضاعوهم في صغرهم فلم يستفسدوا بأنفسهم ولم يفيدوا ابائهم في كبرهم⁽¹⁾.

وعليه فان اختلاف المذهب بين الابوين لا يؤثر في اصل الحق بالحضانة وأن الفقهاء غالبا ما يتوجهون الى تغليب مصلحة الطفل واستقراره النفسي والاجتماعي على الاعتبارات المذهبية البحتة .

ثانيا : معيار مصلحة المحضون : اتجهت الدراسات الفقهية المعاصرة والتشريعات الحديثة⁽²⁾ الى اعتماد معيار مصلحة المحضون باعتباره الاساس في تقرير الحضانة⁽³⁾ ومعيار يهدف الى ضمان تحقيق أفضل الظروف الممكنة لنشأة الطفل وتربيته وضمان رفايته الطفل على المستوى الجسدي والعاطفي والنفسي والاجتماعي وهو المعيار الذي يتم الاخذ به في قضايا الحضانة⁽⁴⁾ يعد هذا الاتجاه امتدادا لما قرره الفقه الاسلامي من ان الحضانة شرعت اساسا لتحقيق مصلحة الطفل ليس لمجرد تمكين احد الابوين من حق شخصي اي انها تتعلق بكل طفل بشكل منفرد وتعتمد على ظروف كل طفل واحتياجاته فما يصلح لطفل حديث الولادة قد لا يكون مناسباً لطفل في عمر السادسة وما يصلح لطفل مريض قد لا يكون مناسباً لطفل سليم⁽⁵⁾ وما يصلح لاطفال الريف قد لا يكون مناسباً لاطفال المدينة وهكذا فمصلحة المحضون تختلف بحسب حالة ووضع كل محضون⁽⁶⁾.

(1) د. عز الدين محمد الغرياني، الحضانة بين الشريعة و القانون في البلاد العربية، منشورات elga, 1997 م، ص34.

(2) مجلة الاحوال الشخصية التونسية لسنة 2019 و التي نصت في الفصل 60 منه (للاب و غيره من الاولياء و للام النظر في شأن المحضون و تأديبه كل ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون) و في القانون الاماراتي رقم 41 لسنة 2024 و الذي نص في المادة(112) منه (عند الخلاف على ما يحقق مصلحة المحضون، يرفع أي من ذوي الشأن الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة، ليصدر قراره بأمر على عريضة مراعياً مدى يسار الولي، وذلك دون المساس بحق الأم الحاضنة في الولاية التعليمية.) و ايضا في القانون الاحوال الشخصية القطري رقم 22 لسنة 2006 و الذي نص في المادة لمادة 170 (يراعي القاضي عند تقدير مصلحة المحضون.....) .

(3) مكشتي شيماء، حماية المحضون بين سلطة القاضي و تعسف الحاضن، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون، الجزائر، 2024م، ص 36.

(4) اعويش مصطفى، المصلحة الفضلى للطفل و الافاق المنتظرة من اصلاح مدونة الاسرة المغربية، مجلة العلوم الانسانية و الطبيعية، جامعة الحسن الثاني، عدد 2، مجلد 5، 2024م، ص 173.

(5) بوغرة صالح، حقوق الاولاد في النسب و الحضانة، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2013م، ص 109.

(6) بوغرة صالح، المصدر اعلاه، ص 110.

و تشمل مصلحة المحضون مجموعة من الاعتبارات التي ينبغي مراعاتها عند الفصل في منازعات الحضانة ومن أهمها توفير الاستقرار النفسي التربوي للطفل وضمان نشأته في بيئة عائلية سليمة تساعده على النمو المتوازن ⁽¹⁾ كما يدخل ضمن هذه المصلحة قدرة الحاضن على توفير الرعاية اللازمة للطفل بما ينسجم مع القيم الدينية والاجتماعية في المجتمع بما في ذلك ان يكون سليما في صحته معافى غير عاجز حيث يسهم بدوره في الحفاظ على صحته النفسية للمحضون وايضا تحقيق الامن والاستقرار للمحضون وتخفيف الالام التي يتعرض لها من اضطرابات نفسية وتعويضه عن الحرمان الذي تعرض له بسبب انفصال الوالدين فحاجته الى الحب والعطف والحنان وكذلك المحافظة على المحضون جسديا بحيث يحرص الحاضن في البداية على عدم حرمان المحضون من الرضاعة الطبيعية التي اثبتت الدراسات ان لها تأثير كبير على صحة الطفل ونموه كما ينبغي تعهد الحاضن بتغذية المحضون تغذية صحية والسليمة والعمل على وقايته من جميع الامراض ⁽²⁾ وكذلك يجب ان ينشأ الطفل على الايمان بالتوحيد والخضوع لله عز وجل لذا كان من الضروري ان يكون الحاضن مسلما اوان يتيح الحاضن للطفل الفرصة في ممارسة دينه ⁽³⁾.

و بناء على ذلك فأن مسألة الاختلاف المذهبي بين الابوين لا تعد عاملا حاسما في تقرير الحضانة بقدر ما انها قد تكون عنصر من عناصر التي يمكن للقاضي اخذها في عين الاعتبار عند تقييم مصلحة الطفل فأذا تبين ان بقاء الطفل مع احد الابوين المختلفين مذهبيا لا يؤثر سلبا في تربيته واستقراره فان ذلك لا يمنع من منحه الحضانة وعليه فان المهم في ذلك هو تربيته المحضون على معالم الدين الاسلامي واذا تبين غير ذلك من واجب الطرف الاخر اثبات ذلك بالبينة ⁽⁴⁾.

ثالثاً: دور المحكمة في حالة الاختلاف المذهبي: عند نشوء نزاع حول الحضانة بين أبوين مختلفي المذهب يضطلع القضاء بدور أساسي في تحقيق التوازن بين الأحكام الفقهية المختلفة ومتطلبات

(1) مكشتي شيماء، مصدر سابق، ص 46.

(2) حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، الجزائر، 2005م، ص 114.

(3) م. د. عادل ابراهيم طه احمد المحمدي، حقوق الطفل في اليهودية و الاسلام داخليا و دوليا، المجلة العراقية للبحوث الانسانية و الاجتماعية، عدد 19، بلا مجلد، 2025م، ص 1388.

(4) غنيمة فنيف، مصلحة المحضون (احدى اشكاليات دعوى الحضانة)، مجلة الحقوق و الحريات، عدد 1، مجلد 10، 2022م، ص 238.

حماية الطفل إذ يمنح القانون القاضي سلطة تقديرية في تقييم ظروف كل حالة على حدة وذلك بهدف تحديد الطرف الأكثر قدرة على رعاية الطفل وتحقيق مصلحته⁽¹⁾.

وتتمثل مهمة المحكمة في مثل هذه الحالات في دراسة البيئة التي يعيش فيها الطفل ومدى قدرتها على توفير الرعاية والاستقرار اللازمين له كما تقوم المحكمة بتقييم الظروف الاجتماعية والاقتصادية والتربوية لكل من الأبوين للتأكد من أن الطرف الذي ستسند إليه الحضانة قادر على تلبية احتياجات الطفل المادية والمعنوية حيث إذا تبين للجان المختصة الطبية أن مصلحة المحضون تقتضى بقاء المحضون مع والدته والتأكد من توافر كل الوسائل والظروف الملائمة فتمنح لها الحضانة⁽²⁾ حيث أن اللجان تقوم بتقييم أثر الفصل الولد عن الأم أو الأب نفسياً وعصبياً حيث أن هذه اللجان تقوم بتزويد القضاء بتقارير صادرة من أطراف ذو خبره ولذلك لإصدار حكم قضائي مناسب⁽³⁾.

وقد أشارت محكمة التمييز في العديد من قراراتها على أن الحضانة تقرر لمصلحة المحضون وليس لاعتبارات شكلية ومنها ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية (لدى التدقيق والمداولة قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح فيما يتعلق بشروط الحضانة من كون المدعية محافظة على شروط الحضانة أم لا وأن المحضون لا يزال في سن الحضانة وهذا لا يمنع مطالبتها بالحضانة لأن الحضانة قررت لمصلحة المحضون ...)⁽⁴⁾ وقضت في قرار آخر عدم نزع الحضانة من جدتهم أم أبيهم كون مصلحتهم تقتضي ذلك ...)⁽⁵⁾ وقضت في قرار آخر (على أنه لا عبرة برغبة واختيار الأولاد المحضون في المبيت مع والدهم من عدمه ما لم يبلغوا سن الرشد القانوني وهو إكمال الثامنة عشرة من العمر. وبناءً عليه فإن إلزام الأم بالاصطحاب والمبيت لأولادها القاصرين قبل بلوغهم السن القانوني المذكور يُعد حكماً مخالفاً ويستوجب النقض)⁽⁶⁾ أي بينت

(1) احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في الاسلام، دار المعارف، القاهرة، 2001م، ص 72.

(2) م.م. سروت احمد عثمان و م.د. خالد جلال محي الدين، حقوق الطفل في الشريعة الاسلامية و قانون الاحوال الشخصية العراقي لسنة 1959 المعدل، مجلة الجامعة العراقية، عدد 5، مجلد 73، 2025 م، ص 174 - ص 175.

(3) حسين رجب محمد الزبيدي، مصدر سابق، ص 157.

(4) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2025 بتاريخ 2025/5/10 غير منشور .

(5) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2025 بتاريخ 2025/12/3 غير منشور .

(6) قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد 7567/ 2026، بتاريخ 2026/4/19 غير منشور .

الاحكام القضائية ان بقاء المحضون لدى من تتحقق به مصلحته هو المعيار الاساس حتى وان كان غير الابوين في بعض الحالات .

و فيما يتعلق بحقوق الاب فقد نص قانون الاحوال الشخصية في حقه بمتابعة شؤون ولده ومشاهدته حيث ان المشرع اشار الى حق الاب في مشاهدة المحضون في المادة (57 / 4)⁽¹⁾ من قانون الاحوال الشخصية حيث نص (" على الاب النظر في شؤون المحضون ... على ان لا يبيت الا عند حاضنته ") حيث نلاحظ ان قانون الاحوال الشخصية تناول الاسرة منذ نشأته وابتدأ بعقد الزواج وانتهى بالاثار التي تترتب على ذلك ونظم هذه الالتزامات وبالرغم من انه قانون متنوع النصوص وذو طبيعة مختلطة الا انه لم يتولى تنظيم حق اصطحاب المحضون وانما نظر فقط في حق المشاهدة وكذلك الحال بالنسبة للمدونة الاحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري الا ان القضاء العراقي فكان موقفه واضحاً جداً في اقراره لحق الاصطحاب بوصفه مكملاً لحق المشاهدة وذلك من خلال العديد من القرارات القضائية التي اصدرها واعتمدتها محكمة التمييز ونلاحظ ان محكمة التمييز بما لها من سلطة تصديق ونقض القرارات التي تصدر من محاكم الاحوال الشخصية رسمت حدود حق الاصطحاب وشروطه⁽²⁾ فأصبح من حق طالب الاصطحاب ان يلجأ الى المحاكم والحكم بحق المشاهدة واصطحاب المحضون وايدت هذا محكمة التمييز الاتحادية في العديد من القرارات ("المحكمة وجدت بأن كان على الحاضنة تمكين الاب من اخذ المحضون الى داره لمشاهدته واصطحابه ... ")⁽³⁾ وانه حق خالص للابوين فقط ولا يتعدى سواهما وان الاجداد ينحصر حقهم في المشاهدة وهذا ما

(1) المادة (4/57) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(2) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الديوانية، العدد 5381/ش/2025، بتاريخ 2025/9/3 الذي جاء فيه ("الاذن للاب بأصطحاب ابنته خلال فترة المشاهدة على ان يعيدها الى والدتها عند انتهاء المشاهدة و ان لا تبيت الا عند حاضنتها") و في قرار اخر (" أن اختيار أحد الطرفين للمذهب الشيعي الجعفري عند عقد الزواج يوجب تطبيق أحكام هذا المذهب الفقهية في مسائل الأحوال الشخصية (ومنها المشاهدة والاصطحاب). وحيث أن المذهب الجعفري يرى الاكتفاء بالمشاهدة وتجنب الاصطحاب والمبيت للطفل الصغير الذي لا يزال في سن الرضاعة منعاً للضرر؛ فإن إلزام المدعى عليها بالاصطحاب والمبيت يُعد مخالفاً للشرع والقانون ويوجب النقض) قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، بتاريخ 2026/5/17م.

(3) القرار الصادر من محكمة الاحوال الشخصية بالعدد 7559 /هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2025 بتاريخ 2025/5/22 غير منشور .

أيدته في قراراتها (1) حيث أن القضاء أشار إلى موضوع الاصطحاب واستخلاصه ضمناً من المادة (4/57) لما يحقق الاصطحاب من فوائد عملية ساهمت في تقوية الاواصر الأسرية بين الطفل وذويه .

يشير الاختلاف المذهبي بين الأبوين أشكالية مهمة في مسائل لحضانة ففي قانون الأحوال الشخصية لم يجعل المذهب معياراً مستقلاً للحضانة وإنما اعتمد على مصلحة المحضون بصورة أساسية لذلك لا تسقط الحضانة بسبب اختلاف المذهب وإن القضاء العراقي قد يأخذ بالبعد الديني أو المذهبي إذا ثبت وجود خطر حقيقي على استقرار الطفل أما المدونة الأحكام الشرعية وفق المذهب الشيعي الجعفري فإنها تعطي أهمية أكبر لمسألة الحضانة إذ تنطلق من فكرة تنشئة الطفل الدينية والتي تعد جزءاً من مصلحته وهنا يظهر الاختلاف المذهبي بصورة أوضح وهذا ما يثير إشكالية داخل المجتمع العراقي متعدد المذاهب وفي المقابل نرى أن القضاء يميل إلى تغليب مصلحة المحضون وتقليل من مسألة الاختلاف المذهبي ولحل مثل هذه الإشكالية ينبغي اعتماد مصلحة المحضون بوصفه المعيار الأساس في جميع القرارات القضائية بحيث لا يكون الاختلاف المذهبي سبباً رئيسياً لسقوط الحضانة .

وعليه نرى أن المحكمة تسعى إلى منع استغلال الاختلاف المذهبي بين الزوجين كوسيلة للإضرار بالطرف الآخر أو التأثير في حقوق الطفل إذ إن الهدف من حق الحضانة ليس ترجيح مذهب على آخر وإنما حماية الطفل وضمان تنشئته في بيئة آمنة ومستقرة وبذلك يتضح أن دور القضاء لا يقتصر على تطبيق النصوص القانونية بصورة مجردة بل يمتد إلى تقدير مصلحة المحضون في ضوء ظروف كل حالة الأمر الذي يعكس تحول الحضانة في التشريعات المعاصرة من مجرد حق للأبوين إلى نظام قانوني يهدف في المقام الأول إلى حماية الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى.

وفي ضوء ما تقدم نرى أن الاختلاف المذهبي بين الأبوين لا يجب أن يعتبر معياراً حاسماً أو سبباً مستقلاً في تحديد الحضانة أو إنهاؤها مادام كلا الطرفين يتفقان في أصل الدين الإسلامي ولم يثبت أن هذا الاختلاف يؤثر سلباً على مصلحة الطفل فالحضانة في جوهرها نظام تم إنشاؤه لحماية المحضون ورعايته وليس وسيلة لتمييز انتماء مذهبي على آخر نرى أيضاً أن الأصل هو التركيز

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 15862 الصادر بتاريخ 20/11/2023 غير منشور .

على معيار مصلحة المحضون بوصفه الضابط الأساسي الذي تُبنى عليه أحكام الحضانة وجوداً وهدماً بحيث يُنظر إلى قدرة الحاضن على توفير بيئة سليمة تحقق للطفل الاستقرار النفسي والتربوي والديني دون الانشغال بالاختلافات المذهبية التي لا تأثير لها في الواقع وأنه يجب التأكيد على أهمية دور القاضي في هذا المجال إذ يُعدّ القاضي الجهة الأكثر قدرة على الموازنة بين مختلف الاعتبارات مستعيناً بالخبرات الفنية والاجتماعية لضمان عدم استغلال الاختلاف المذهبي كذريعة للإضرار بالطرف الآخر أو المساس بحقوق الطفل وعليه فإن الاتجاه السائد يتمثل في اعتماد مقاربة مرنة تراعي خصوصية كل حالة على حدة وتُعلي من مصلحة المحضون فوق أي اعتبارات شكلية مع الحفاظ على الاختلاف المذهبي كعنصر ثانوي يُؤخذ به فقط عند ثبوت تأثيره الفعلي في تربية الطفل وسلامته الدينية والأخلاقية.

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم المرسلين محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، بعد هذا العرض للاختلاف المذهبي في عقد الزواج ومن خلال عون وتوفيق الله عز وجل وصلنا إلى نهاية البحث ونأمل أن يكون من الأعمال الصالحة لوجهه الكريم ودليلاً علمياً يفيد في مسيرة طلب العلم والمعرفة في المستقبل، ومن خلال مسيرة البحث توصلنا إلى أهم الاستنتاجات ووضعنا لها الاقتراحات المناسبة وكما يلي :

أولاً: الاستنتاجات :

1. يكشف النظام التشريعي لصيغة عقد الزواج عن تباين واضح بين قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل ومدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025، إذ تبنى القانون مرونة في التعبير عن الإيجاب والقبول ووسائل إثباتهما، في حين اشترطت المدونة الصيغة اللفظية الصريحة وعدم الاعتداد بالكتابة عند القدرة على النطق، بما يعكس اختلافاً في الفلسفة التشريعية التي يقوم عليها كل منهما.

2. يترتب على الاختلاف المذهبي في مسائل الطلاق تفاوت في المراكز القانونية للزوجين وفي الضمانات المقررة لكل منهما، كما أن اتساع السلطة التقديرية للقضاء في تقدير أسباب الطلاق والتفريق، على الرغم من دوره في حماية الطرف المتضرر، أدى إلى تباين في التطبيقات القضائية نتيجة اختلاف تقدير الوقائع .

3. يمثل اشتراط حضور الشهود في الطلاق وفق أحكام الفقه الجعفري ضماناً للحد من التسرع في إنهاء الرابطة الزوجية، لما يوفره من فرصة لإعادة النظر في قرار الطلاق، وبما يسهم في تعزيز استقرار الأسرة والحد من حالات التفكك الأسري.

4. لا يتضمن كل من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل ومدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025 تنظيمًا صريحًا لحق الاصطحاب، واقتصر التنظيم على حق المشاهدة، الأمر الذي دفع القضاء العراقي إلى توسيع نطاق هذا الحق وعدّ الاصطحاب أحد تطبيقاته، مع إخضاعه لضوابط تحقق مصلحة المحضون.

5. يعتمد المشرع العراقي مصلحة المحضون معياراً أساساً في تقرير الحضانة، دون اعتبار الاختلاف المذهبي سبباً مستقلاً لإسقاطها، ما لم يترتب عليه ضرر فعلي يمس مصلحة الطفل، وهو ما انسجم معه الاتجاه القضائي والفقه المعاصر .

6. يؤثر الاختلاف المذهبي في تحديد نصيب الزوجة من الإرث ونطاق الأموال التي تستحقها، في حين تبنت مدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) أحكام الفقه الإمامي في هذا المجال، مع بقاء القضاء صاحب الاختصاص في معالجة المنازعات الناشئة عن تعدد الانتماءات المذهبية.

7. يحقق قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل قدرًا أكبر من الاستقرار التشريعي بوصفه قانونًا موحدًا، في حين يثير تطبيق مدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025 إشكالات تتعلق بنطاق سريانها الزماني وإمكانية تطبيقها على المراكز القانونية السابقة، بما يستوجب معالجة تشريعية واضحة تحدد حدود سريانها وتمنع تضارب الأحكام.

8. توسعت مدونة الأحكام الشرعية (الجعفرية) رقم (1) لسنة 2025 في إقرار سلطان الإرادة في الشروط العقدية، إلا أن عدم اقتران تلك الشروط بجزاء قانوني عند الإخلال بها يحد من فاعليتها القانونية ويضعف قوتها الإلزامية مقارنة بالقواعد القانونية الملزمة.

ثانياً: المقترحات :

1. دعوة بإعادة تقييم النظام القانوني للطلاق في حالات الاختلاف المذهبي من خلال وضع معايير أوضح لتقدير الأضرار وضبط سلطة المحكمة التقديرية وبما يحقق التوازن بين حماية الطرف المتضرر واستقرار الأسرة، ويحد من اختلاف الأحكام القضائية ويعزز اعتماد معيار الضرر الفعلي كأساس للطلاق.

2. دعوة المشرع العراقي أن يتدخل لتنظيم حق الاصطحاب بنصوص قانونية واضحة تحدد مجاله وشروطه وقواعد ممارسته بما يحقق مصلحة الطفل ويوحد التطبيق القضائي ويقلل من تضارب الآراء. ونقترح النص التالي:

أ. ليس لغير الحاضن من أبوي المحضون حق اصطحابه خلال مدة المشاهدة، بما يكفل استمرار صلته به ومشاركته في رعايته وتربيته، على أن يراعى في ذلك سن المحضون وحالته الصحية والنفسية ومصلحته الفضلى.

ب. تحدد المحكمة في حكم المشاهدة مكان الاصطحاب ومدته ومواعيده وكيفية تسليم المحضون وإعادته، ولها أن تنظم الاصطحاب بما يتناسب مع ظروف المحضون والحاضن وغير الحاضن.

ت. لا يجوز لغير الحاضن اصطحاب المحضون إلى خارج المحافظة أو تغيير محل إقامته أو السفر به خارج العراق إلا بإذن المحكمة، متى اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

ث. لا يجوز أن يترتب على الاصطحاب مبيت المحضون لدى غير الحاضن، إلا إذا ثبت للمحكمة أن ذلك يحقق مصلحة المحضون، ولها في هذه الحالة أن تأذن بالمبيت لمدة محددة وفي أوقات معينة.

ج. للمحكمة، بناءً على طلب أحد الأبوين أو من تلقاء نفسها عند الاقتضاء، تعديل نظام الاصطحاب أو تقييده أو وقفه مؤقتاً إذا ثبت أن ممارسته تلحق ضرراً بالمحضون أو تتعارض مع مصلحته الفضلى.

ح. يلتزم من صدر له حكم بالاصطحاب بإعادة المحضون في الموعد والمكان المحددين في الحكم، ولا يجوز له استعمال حق الاصطحاب

3. دعوة المشرع العراقي الى وضع ضوابط واضحة لمعالجة حالات الحضانة عند الاختلاف المذهبي بما يقلل من التباين في الاجتهادات القضائية وبما يؤدي الى استقرار الاحكام المتعلقة بمصلحة المحضون.

4. دعوة الى توضيح فترة سريان المدونة الجعفرية بشكل واضح من حيث الزمان لضمان استقرار الحقوق القانونية وتفادي المشكلات الناتجة عن التطبيق بأثر رجعي و نقترح النص الاتي :

«تسري أحكام المدونة الجعفرية على الوقائع والتصرفات القانونية التي تنشأ بعد تاريخ نفاذها، ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع أو المراكز القانونية التي اكتملت قبل نفاذها، ما لم يرد نص قانوني صريح يقضي بغير ذلك»

5. دعوة المشرع العراقي الى ضرورة تعزيز الشروط الاتفاقية في عقد الزواج بنصوص واضحة عند الإخلال بها بما يضمن فعاليتها وإلزامها قانونياً ويحقق التوازن بين احترام إرادة الزوجين وبين الطبيعة الإلزامية للقاعدة القانونية وذلك للحد من النزاعات الناتجة عن عدم الالتزام بهذه الشروط و نقترح النص الاتي :

«يجوز للزوجين الاتفاق، عند إبرام عقد الزواج، على شروط مشروعة لا تتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب العامة، وتثبت هذه الشروط في وثيقة عقد الزواج، ويكون الشرط ملزماً لمن اشترطه وقبله، ويترتب على الإخلال به الآثار القانونية التي يحددها القانون أو يتفق عليها الزوجان، وللمحكمة عند النزاع التحقق من مشروعية الشرط ومدى تنفيذه وآثار الإخلال به»

6. ضرورة وضع معالجة تشريعية وقضائية واضحة لأحكام ميراث الزوجة عند اختلاف الانتماء المذهبي بين الزوجين، بما يحدد بصورة دقيقة نطاق الأموال التي تستحقها الزوجة وفق الأحكام

المطبقة و نقترح النص الاتي (" تُراعى عند تحديد استحقاق الزوجة في الإرث أحكام المذهب الذي ينطبق على عقد الزواج وفقًا للقانون ويُحدد نصيبها من التركة ونطاق الأموال التي يثبت لها حق الإرث فيها وفق الأحكام القانونية النافذة وفي حال اختلاف الانتماء المذهبي للزوجين تختص محكمة الأحوال الشخصية المختصة بحسم النزاع وتحديد الحكم الواجب التطبيق، بما يكفل وضوح المركز القانوني للورثة")

المصادر

المصادر

• القرآن الكريم

أولاً: معاجم اللغة

1. سعدي ابو حبيب, القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً, دار الفكر, ط2, 1988م .
2. الشربيني, مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج, ج3, دار المعرفة للطباعة والنشر, بيروت, بلا سنة نشر.
3. شعبان عبد العاطي عطية واحمد حامد حسين وجمال مراد حلمي, معجم الوسيط, مكتبة الشروق الدولية, ط4, مصر, 2004م.
4. الفيروز ابادي, القاموس المحيط, تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة, مؤسسة الرسالة, ط8, 2005 م.

ثانياً: الكتب الاسلامية

• كتب الفقه للمذهب الجعفري

1. ابي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي, شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام, ج2, ط3, مؤسسة المعارف, 1426هـ.
2. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي, كتاب الخلاف, ج4, مؤسسة النشر الاسلامي, قم, 1414هـ.
3. ابي جعفر محمد بن الحسين بن علي الطوسي, النهاية في مجرد الفقه والفتاوى, دار الكتاب العربي, لبنان, ط2, 1980 م.
4. ابي جعفر محمد بن منصور بن ادریس الحلبي , كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى , مؤسسة النشر الاسلامي , ج2 , ط2 , قم , 1410هـ.
5. احمد البستاني, ارث الزوجة من العقار تقرير لابحات السيد محمد باقر السيستاني, نسخة اولية, 1437 هـ .
6. احمد الخوانساري, جامع المدارك في شرح مختصر النافع, تحقيق : محمد باقر ملكيان, ج7, العتبة العباسية المقدسة, كربلاء, بلا سنة نشر .
7. احمد النراقي, مستند الشيعة, ج16, مؤسسة ال البيت عليهم السلام لاحياء التراث, ط1, 2008م.
8. جعفر السبحاني, البلوغ حقيقته, علاماته واحكامه, مؤسسة الامام الصادق (ع), ط1, 1418هـ.
9. جعفر السبحاني, نظام الارث في الشريعة الإسلامية, مؤسسة الامام الصادق, قم, ط1, 1415هـ.

10. الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، تلخيص المرام في معرفة الاحكام ، مركز الابحاث والدراسات الإسلامية، ط1، بلا سنة نشر .
11. الخميني، تحرير الوسيلة، ج 2، سفارة الجمهورية الايرانية، ايران، 1998 م.
12. زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، ج8، ط4، 1429 هـ .
13. زين العابدين بن علي الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج8، مركز احياء التراث العلمي، ط1، 2013 م.
14. الصدوق ابي جعفر محمد بن محمد بن علي بن الحسنين بابويه القمي، من لا يحضره الفقيه، ج3، مؤسسة الأعلي للمطبوعات، ط1، بيروت، 1986 م.
15. الطباطبائي، رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل، ج6، دار الهادي، ط1، 1992 م.
16. الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج2، دار الكتاب الاسلامي، بيروت، بلا سنة نشر .
17. العلامة الحلي، تبصرة المتعلمين في احكام الدين، انتشارات اسلامية، بلا سنة نشر
18. علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج3، دار المؤرخ العربي، ط19، لبنان، 2013 م.
19. علي محمد الطباطبائي الحائري، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، تحقيق : مهدي الرجائي ومحمود المرعشي، ج2، مكتبة اية الله العظمى المرعشي النجفي العامة، قم، 1409 هـ .
20. الفاضل الهندي، كشف اللثام، منشورات اية الله العظمى المرعشي النجفي، ج2، قم، 1405 هـ.
21. فخر المحققين المطهر الحلي، ايضاح الفوائد في شرح أشكالات القواعد، ج2، بلا سنة نشر .
22. محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق ونشر : مؤسسة اهل البيت عليهم السلام، ج20، ط2، قم، 1414 هـ.
23. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ج30، مؤسسة النشر الاسلامي، ط1، قم، 1433 هـ.
24. محمد حسين السبحاني، ابانة المختار في ارث الزوجة من ثمن العقار للاصفهاني، مؤسسة الصادق (عليه السلام)، قم، ط1، 2012 م .
25. محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، منهاج الصالحين، ج3، ط7، 2012 م .
26. محمد صادق الحسيني الروحاني، منهاج الصالحين، ج2، منشورات الاجتهاد، ط1، 2008 م.

27. محمد صادق الروحاني، فقه الامام الصادق (عليه السلام)، ج20، ط3، مؤسسة دار الكتاب، 1414هـ.

28. محمد الصدر، منهاج الصالحين، ج4، هيئة تراث السيد الشهيد الصدر، النجف الاشرف، 2011م.

29. محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ج5، منشورات الفجر، بيروت، ط1، 2007 م.

30. مفلح الصميري البحراني، غاية المرام في شرح شرائع الاسلام، ج3، دار الهادي، ط1، 1999م.

31. مقداد بن عبد الله الحلبي، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ج3، مكتبة اية الله المرعشي للنشر، ط1، 1404هـ.

32. موسوعة الشهيد الأول، اللعة الدمشقية في الفقه الامامية، ج13، مركز العلوم والثقافة الإسلامية، ط1، 2009 م.

33. موسوعة الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية، ج8، مركز احياء التراث العلمي، ط1، 2013 م.

• الكتب الفقهية للمذهب الحنفي

1. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2003م.

2. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الثقافة والتراث للتحقيق، ج8، ط1، 2000م.

3. ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997 م.

4. برهان الدين ابي المعالي محمود بن احمد الحنفي، المحيط البرهاني، ج3، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004 م.

5. خسرو الحنفي، الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام، مكتبة وطباعة مير محمد، بلا سنة نشر.

6. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج4، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر.

7. شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط للسرخسي، ج6، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر.

8. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الحديث، القاهرة، 2005م.

9. محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي، الدر المختار في شرح تنوير الابصار وجامع البحار، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2002 م.

10. محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ج5، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2000 م.

11. الهمام، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان، ج1، دار صادر، بيروت، ط2، 1991 م.

• كتب المذهب الشافعي

1. ابن حجر المكي الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج3، مصر، بلا سنة نشر.
2. ابي المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الروياني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، تحقيق : طارق فتحي السيد، ج9، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2009م.
3. شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح شرح المنهاج، ج6، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، بيروت، 2003م.
4. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، تحقيق : علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994 م.
5. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، مكتبة الكليات الأزهرية، ج5، ط1، 1961 م.
6. محمد نجيب المطيعي، كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي، ج17، مكتبة الارشاد، السعودية، بلا سنة نشر.
7. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج9، المكتب الاسلامي، ط3، 1991م .

• الكتب الفقهية للمذهب المالكي

1. ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، تحقيق : د. محمد حجي، ج1، دار الغرب الاسلامي، ط1، 1988 م.
2. ابن رشد القرطبي، بغية المقتصد شرح بداية المجتهد، مجلد التاسع، ط1، دار ابن حزم، 2019م.
3. ابي اسحاق الشاطبي، الموافقات، ج2، منشورات البشير، ط1، 2017 م.
4. ابي الوليد محمد ابن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1982 م.
5. ابي عبد الله مالك بن انس بن مالك الاصبحي الحميري، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الاسلامية و الاوقاف و الدعوة و الارشاد، مجلد رابع، السعودية.
6. د. عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلتها، ج2، مؤسسة الريان، ط1، 2002 م.
7. الدردير، اقرب المسالك لمذهب الامام مالك، اروقه للنشر والتوزيع، بلا سنة نشر.

8. محمد ابن احمد الرهوني على شرح الامام الزرقاني, حاشية الامام الرهوني, المطبعة الاميرية, ط1, 1306هـ.
9. محمد الطاهر بن عاشور, مقاصد الشريعة الإسلامية وتحقيق : محمد الطاهر الميساوي, دار النفائس, ط2, الاردن, 2001م
10. محمد بن احمد بن جزى الغرناطي , القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية , دار ابن حزام , ط1, 2013.
11. محمد بن حمود الوائلي, بغية المقتصد شرح بداية المجتهد, ج9, دار ابن حزام, ط1, 2019م.
12. يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي, الكافي في فقه اهل المدينة المالكي, مكتبة الرياض الحديثة, الرياض, 1978م.

• الكتب الفقهية للمذهب الحنبلي

1. ابن قدامه, المغني, ج11, دار كنوز الاسلام, اليمن, بلا سنة نشر.
2. بن قدامه المقدسي, الشرح الكبير, ج21, هجر للطباعة والنشر, ط1, 1996م.
3. شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي, الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل, تعليق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي, ج3, دار المعرفة, بيروت, بلا سنة نشر.
4. صالح بن ابراهيم الحصين, الاستدلال المقنع لمسائل زاد المستنقع, مكتبة مالك الفهد للنشر, ط1, 2014م.
5. عبد الله بن عبد الرحمن ابا بطين, حاشية ابا بطين على شرح منتهى الارادات, تحقيق : احمد بن عبد العزيز الجمار, ج8, شركة اثراء المتون, ط2, السعودية, 2022 م.
6. وحدة البحث العلمي في وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية, التسهيل في فقه الاحوال الشخصية على مذهب الامام احمد بن حنبل, ج3, ط1, 2022م.

• كتب الفقه المقارن

1. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي, اختلاف المذاهب, دار الاعتصام, بلا سنة نشر.
2. الحائري, فقه العقود دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه الوضعي, ج2, مجمع الفكر الاسلامي, ط5, بلا سنة نشر.
3. حذيفة بن حسين القحطاني, الفقه الاسلامي باب الزواج والطلاق على المذاهب الخمسة, بلا سنة نشر.

4. د. قطب مصطفى سانو، لا انكار في مسائل الاجتهاد، دار ابن الحزم، ط1، بيروت، 2006م.
5. سيد سابق، فقه السنة، ج2، الفتح للاعلام العربي، القاهرة، بلا سنة نشر.
6. عبد الرحمن الجزيري ومحمد الغراوي وياسر مازح، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ومذهب اهل البيت، دار الثقلين، لبنان، ط1، 1998م.
7. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 2003م.
8. محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الاسلامي، ج4، ط1، 2009م.
9. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ج3، لجنة التحقيق والبحث العلمي بدار الوفاء، بلا سنة نشر.

10. الموسوعة الفقهية، ج 29، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1993م.

• الكتب الفقهية الحديثة

1. ابي الحسن علي بن ابي بكر الشافعي نور الدين الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج10، دار المنهاج ط1، 2015م.
2. ابي بكر احمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، ج7، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 م.
3. ابي عبد الله محمد القزويني (ابن ماجه)، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، 1417 هـ.
4. عبد الله بن عبد الله الدارمي السمرقندي، سنن الدارمي، ج2، قديمي كتب خاتمة، بلا سنة نشر.
5. كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة للبخاري المنشور على الموقع <https://isla.mw/a1aqs>.
6. محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي و هو الجامع الكبير، دار التاصيل، ط2، 2016م.

• كتب تفسير القرآن الكريم

1. ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج6، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط1، 1997م.
2. ابي القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف راغب الاصفهاني، معجم مفردات الفاظ القرآن، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004م.

3. ابي عبد الله محمد بن احمد بن ابي بكر القرطبي، الجامع لاحكام القرآن، ج15، مؤسسة الرسالة، ط1، 2006م.
4. الامام محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر، تفسير الفخر الرازي التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، ج23، لبنان، ط1، 1981م.
5. تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، تحقيق : د. بشار عواد معروف وعصام فارس الحرستاني، مؤسسة الرسالة، ج5، ط1، بيروت، 1994م.
6. القرطبي، تفسير القرطبي، ج1، دار الكتاب العربي، 1987م .
7. لجنة التحقيق تراث الشيخ الاعظم، كتاب النكاح للشيخ مرتضى الانصاري، مجمع الفكر الاسلامي، ط4، بلا سنة نشر.
8. المحقق الحلي، النافع في مختصر الشرائع، مؤسسة البعثة، قم، ط1، 1413هـ.
9. محمد الحسيني القزويني، موسوعة الامام الرضا (عليه السلام)، اللجنة العلمية في مؤسسة ولي العصر عليه السلام، ط1، ايران، 1428هـ.

ثالثا: الكتب القانونية

1. د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، مكتبة السنهوري، بغداد، 1990م.
2. د. احمد برهان الدين عبد الرحمن الجبوري وأ.د. رعد مقداد ال دولة وأ.د. ساجر ناصر، الحقوق المالية المترتبة على الرابطة الاسرية، دار مصر للنشر والتوزيع، ط1، 2024 م.
3. د. احمد علي الخطيب، موجز احكام الميراث، طبعة دار البصري، بغداد، ط1، 1966 م.
4. د. احمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1988م
5. احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في الاسلام، دار المعارف، القاهرة، 2001م.
6. د. بدران ابو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين والغير مسلمين، مؤسسة شباب الجامعة، 1984م.
7. بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967 م.
8. بوغرة صالح، حقوق الاولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2013م.
9. د. جواد احمد البهادلي، الوسيط في الوصايا والميراث طبقا لقانون الاحوال الشخصية العراقي في ضوء المذاهب الخمسة، النجف الاشرف، ط1، 2016 م.

10. د. حيدر حسين كاظم الشمري, المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقهاء الاسلامي, دار المسلة, ط1, بغداد, 2026 م.
11. دي بور, تاريخ الفلسفة في الاسلام, ترجمه : محمد عبد الهادي ابوريده, ط2, مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر, القاهرة, 1948م.
12. رحيم حسن العكيلي, تطبيق المذهب الشيعي الجعفري (شرح احكام تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (1) لسنة 2025, كريتكس للطباعة, ط1, بغداد, 2025م.
13. زكي الدين شعبان, الزواج والطلاق في الاسلام, دار القومية للطباعة والنشر, القاهرة, 1964م.
14. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي وأ.م د نبيل مهدي زوين, الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته, مكتبة دار السلام, ط1, 2015 م.
15. صالح بن محمد بن احمد, أحكام الشروط المقترنة بعقد النكاح واثارها, دار البر, الامارات العربية, ط1, 2024م.
16. طه جابر العلواني, ادب الاختلاف في الاسلام, المعهد العالمي للفكر الاسلامي, الولايات المتحدة الامريكية, 1981م.
17. د. عبد الباري حمدان سليمان ود. منتصر يوسف احمد, احكام الاسرة في الشريعة الإسلامية, جامعة جنوب الوادي, بلا مكان طبع, بلا سنة نشر.
18. د. عبد الحسيب سند عطية, احكام الميراث في الشريعة الإسلامية, القاهرة, بلا مكان نشر, 2008م.
19. عبد الحسين صباح صيوان الحسون, أحكام الميراث على المذاهب الإسلامية الخمسة, المكتبة القانونية, ط1, 2022 م.
20. د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في القانون المدني, ج1, منشأة المعارف, الاسكندرية, 2003م.
21. د. عبد السلام محمود ابو ناجي, الوسيط في احكام الميراث والوصية, طرابلس, ط1, 2000م.
22. د. عبد العزيز عامر, الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية, دار الفكر العربي, ط1, السعودية, 1984م.
23. د. عبد الفتاح بكارة, الزواج المدني (دراسة مقارنة) ودار الندوة الجديدة, لبنان, ط1, 1994م.

24. د. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج6، مؤسسة الرسالة، ط1، 1993م.
25. د. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في احكام الاسرة الإسلامية، مؤسسة المختار، ط1، القاهرة، 2004م.
26. عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية، تحقيق : د. علي عثمان جرادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2017م.
27. عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2017 م.
28. علاء الدين خروفي، شرح قانون الاحوال الشخصية، المعارف، 1963م
29. علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2008م.
30. علي المؤمن، من المذهبية الى الطائفية، مؤسسة الرسول الاعظم، دار الروافد، ط1، النجف الاشرف، 2007 م.
31. د. عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة . دار النفائس، ط3، عمان، 2004م.
32. د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، السليمانية، 2004م.
33. د. فتحية محمود الحنفي، احكام الحضانة في الفقه الاسلامي، القاهرة، بلا سنة نشر.
34. د. فضل حسن عباس ود. عبد الناصر ابو البصل، فقه احوال شخصية، ج2، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، 1998 م .
35. محسن العصفور، قانون الاحوال الشخصية على ضوء الفقه الجعفري، المكتبة الوطنية، البحرين، 2014 م .
36. محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، بلا سنة نشر.
37. محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1977م.
38. محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر.
39. محمد ابو زهرة، محاضرات في عقد الزواج واثاره، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر.
40. محمد بن يحيى المطهر، احكام الاحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، ج2، شركة الفرسان، القاهرة، 2008 م.

41. محمد جواد مغنية، الزواج والطلاق على المذاهب الخمسة، دار السلام، ط4، بغداد، 2023م.
42. د. محمد حسين الذهبي، الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بين مذاهب اهل السنة والشيعة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط3، 1991م.
43. د. محمد رافت عثمان، مهر الزوجة وما يتصل به من قضايا في الفقه الاسلامي، مطبعة السعادة، ط1، 1982 م .
44. محمد رضوان الجيزاوي، الواضح في احكام الميراث، جامعة الازهر، 1995م.
45. د. محمد زكريا ود. عبد المجيد مطلوب، احكام الميراث والوصية، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 1975م.
46. د. محمد عبد الرحمن محمد الضويني، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها (دراسة تأصيلية وتحليلية في ضوء قانون الاحوال الشخصية)، معهد دبي القضائي، الامارات العربية، ط1، 2013م.
47. د. محمد عقلة ابراهيم، الزواج والفرقة في الفقه الاسلامي، دار النفائس، ط1، الاردن، 2014م.
48. محمد فخر شقفه، شرح احكام الاحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، ج1، 1973م
49. د. محمد فوزي فيض الله، التعريف بالفقه الاسلامي، دمشق، بلا سنة نشر.
50. د. محمد كمال الدين امام، الزواج في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006م
51. محمد مصطفى الشبلي، احكام الاسرة في الاسلام، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1977م.
52. د. محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط4، 1983 م.
53. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة العاني، بغداد،
54. د. مصدق عادل، قانون الاحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2025 من منظورين الدستوري والشرعي، دار السنهوري، بغداد، 2025 م.
55. د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 2007 م.
56. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، بلا سنة نشر.
57. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي والقانون، بلا سنة نشر.

58. د. مصطفى ابراهيم الزلمي, اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية, احسان للنشر والطباعة, ط1, 2014م.
59. د. مصطفى ابراهيم الزلمي, مدى سلطان الارادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والاعراف, نشر احسان للنشر والتوزيع, ط1, 2014 م.
60. د. مصطفى الزلمي, احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون, دار احسان للنشر, ايران, 2012م.
61. مصطفى احمد الزرقاء, الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد, مدخل الى نظرية الالتزام العامة, ج2, مطبعة جامعة دمشق, سوريا, 1946 م.
62. منذر عبد العزيز الشمالي, الاحوال الشخصية في الفقه الجعفري, المعارف, الاسكندرية, 2006م.
63. د. نصر فريد واصل, الولايات الخاصة (الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية, دار الشروق, القاهرة, ط1, 2002 م.
64. وهبة الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته, ج7, دار الفكر للطباعة والنشر, ط2, دمشق, 1985م.
65. يحيى سعيد الحلبي, الجامع للشرائع, مؤسسة سيد الشهداء, بلا سنة نشر.
66. د. يوسف القرضاوي, الصحة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والتفرق المذموم, دار الشروق, طبعة الاولى, القاهرة, 2001م.
- رابعاً: الاطاريح والرسائل الجامعية**
1. احمد مشتاق طالب جبار, مبدأ الامانة بالاجراءات القضائية (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير في القانون الخاص, جامعة القادسية, 2024 م .
2. اشرف يحيى رشيد العمري, نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية ومقارنة), اطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله, الجامعة الاردنية, 2005 م.
3. امال برجى, الاشكالات القانونية المرتبطة بحضانة الاولاد الناجمين عن الزواج المختلط, رسالة ماجستير في القانون الخاص, الجزائر, 2022 م.
4. بلقار كريم ودافي بشير, النفقة الزوجية في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري, رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية, 2020 م .
5. حبيب سفيان وبوقرنافة موسى, الحضانة في التشريع الجزائري, رسالة ماجستير في الحقوق, الجزائر, 2021م.

6. حسام الدين سلمان رجب, التنظيم القانوني لفسخ عقد الزواج, رسالة ماجستير في القانون الخاص, جامعة البصرة, 2024م.
7. حميدو زكية, مصلحة المحضون في القوانين المغربية, رسالة دكتوراه في القانون الخاص, الجزائر, 2005م.
8. خلفاوي هنية, اختلاف الدين في عقد الزواج, رسالة ماجستير في قانون الاحوال الشخصية, جامعة 20 اوت 1955 سكيكدة, 2018 م.
9. زوين نجاة, احكام الصداق بين الفقه و القانون , رسالة ماجستير , الجزائر , 2024م .
10. ستنا ابراهيم الشيخ احمد, حضانة الطفل في الفقه الاسلامي, رسالة ماجستير في الاداب, مقدمة الى جامعة الخرطوم, 2009 م.
11. سي ناصر بوعلام, الاشتراط في عقد النكاح واثره في الشريعة والقانون, رسالة ماجستير, الجزائر, 2012 م.
12. شامي احمد, السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة (دراسة مقارنة), اطروحة دكتوراه في القانون الخاص, الجزائر, 2013 م .
13. شهيرة مكاري, حق الطفل في النفقة في القانون الجزائري, رسالة ماجستير في قانون الاسرة, الجزائر, 2020 م.
14. طاهر عيسى والي, موارد الخلاف بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والفقه الاسلامي (دراسة في الاسس والمسالك والتطبيقات), رسالة ماجستير في القانون الخاص, جامعة الكوفة, 2017م .
15. عادل سعد جهاد اليساري, دور العلم واثره في انحلال عقد الزواج, رسالة ماجستير في القانون الخاص, كربلاء, 2022 م .
16. عبيد فاطمة زهرة, عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري, رسالة ماجستير, الجزائر, 2017م.
17. فوز نجاح خضير, أحكام حضانة الاقارب, رسالة ماجستير في القانون الخاص, مقدمة الى معهد العلمين للدراسات, 2025 م .
18. قاسم حياوي سلمان حافظ, الاجتهاد القضائي المعاصر في مسائل الاحوال الشخصية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون, جامعة كربلاء, 2024م

19. قحطان يوسف ناصر, التنظيم القانوني للفتوى الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية, اطروحة دكتوراه في القانون الخاص, كربلاء, 2025م
20. لموشي عادل, الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي, رسالة دكتوراه في العلوم, الجزائر, 2018 م.
21. محمد جواد احمد الخفاجي, دور مبادئ الشريعة في انحلال عقد الزواج, رسالة ماجستير في القانون الخاص, كربلاء, 2023 م.
22. محمد خنيش, الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية, مذكرة لنيل شهادة الماستر, الجزائر, 2016 م.
23. مخربش منصورية, اركان عقد الزواج وشروطه دراسة مقارنة, رسالة ماجستير في العلوم السياسية, الجزائر, 2022م.
24. مشراوي نبيلة ونويجم عائشة, الطلاق التعسفي في القانون الجزائري, رسالة ماجستير, الجزائر, 2022 م.
25. مقري خديجة, اثر اختلاف الدين حول مسائل الاحوال الشخصية بين الفقهاء الاسلامي والقانون الجزائري, رسالة ماجستير, الجزائر, 2017م.
26. مكشيتي شيماء, حماية المحضون بين سلطة القاضي وتعسف الحاضن, رسالة ماجستير في الشريعة والقانون, الجزائر, 2024م.
27. موتالا محمد باغيان, اختلاف الدين واثره في عقد الزواج, رسالة ماجستير في الفقهاء الاسلامي, جامعة حمد بن خليفة, قطر, 2017م.
28. موسى ابو الشون ابو هديله الجبوري, دور النظام العام في مسائل الاحوال الشخصية, اطروحة دكتوراه في القانون الخاص, معهد العلمين للدراسات العليا, النجف الاشرف, 2026 م.
29. نذير سعاد, التطليق في قانون الاسرة الجزائري, رسالة ماجستير, الجزائر, 2013 م.
30. هاشم ستار نعيم المهنا, سلطة المحكمة في تقدير المهر دراسة مقارنة, رسالة ماجستير في القانون الخاص, جامعة الكوفة, 2025م.

خامسا: البحوث القانونية والمجلات

1. احسان عبد المجيد الحمامي, صلاحيات الولي في عقد النكاح في الفقهاء الاسلامي, مجلة الدراسات الاجرائية, عدد38, بلا مجلد, 2022 م.

2. د. احمد الخاطب, مواقف الفقهاء من بعض قضايا الاختلاف الديني والمذهبي والاجتماعي بالمغرب العربي, مجلة عصور جديدة, عدد13, بلا مجلد, 2014 م.
3. احمد عبد الحسين الياسري, التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد : دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المدني المصري, مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية, مجلد 8, عدد4, 2016 م.
4. احمد عبد الغني جلاب, دور الاجتهاد القضائي الاداري في معالجة القصور التشريعي, مجلة الجامعة العراقية, عدد69, ج 3, بلا مجلد, بلا سنة نشر.
5. احمد فتحي محمود جنيدي, قاعدة لا انكار في مسائل الخلاف ,مجلة اللغة العربية والعلوم الإسلامية, عدد15, مجلد4, 2025م.
6. د. احمد فنوص حمادي, المهر المؤجل بالشرعية الإسلامية, مجلة كلية اليرموك, عدد4, ج2, 2022 م.
7. اركان حيدر عمر ، احكام الزواج المشروط والآثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك ، المجلد (١٣) العدد (٤٦), ٢٠٢٣ م.
8. اعويش مصطفى, المصلحة الفضلى للطفل والافاق المنتظرة من اصلاح مدونة الاسرة المغربية, مجلة العلوم الانسانية والطبيعية, جامعة الحسن الثاني, عدد 2, مجلد 5, 2024 م .
9. د. اقبال عبد ابراهيم عباس الهلالي, الاديان والادوار الاسرية, مجلة القادسية في الاداب والعلوم التربوية, عدد4, مجلد 24, ج1, 2024م.
10. أكرم زاده الكوردي, احكام نفقة الاولاد دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشرعية الإسلامية, مجلة الدراسات القانونية المقارنة, عدد1, مجلد 8, 2022م.
11. انس محمد رضا القهوجي, الاختلاف عند الصحابة واثره في الاسلام, مجلة كلية اللاهوت, جامعة اليكسیر , انقره, عدد2, مجلد 3, 2017 م.
12. د. اياد حميد ابراهيم النعيمي, الاختلاف المذهبي ودوره في التطرف الفكري, مجلة ابحاث ميسان, عدد39, مجلد 20, 2024م.
13. د. ايمان بنت محمد علي عادل عزام, التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر, ندوة اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة, المجمع الفقهي الاسلامي, 1436هـ.

14. د. حارث علي ابراهيم وسليمان محمد هلال, سلطة القاضي التقديرية في فض منازعات التفريق القضائي, عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا, ج1, بلا عدد, مجلد 36, 2021م.
15. حسام الدين سلمان رجب و أ.د. علي عبد العالي الاسدي و أ.د. عبد الباسط عبد الصمد الشاوي, فسخ عقد الزواج بسبب تغيير ديانة احد الزوجين, مجلة دراسات البصرة, عدد60, بلا مجلد, 2025م.
16. حسين رجب محمد الزيدي, الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي, مجلة التقني, عدد10, مجلد 24, 2011م.
17. د. حمد علي العازمي, نشوز الزوجة وأثره في سقوط الحقوق المالية, مجلة كلية البنات الازهرية, عدد5, بلا مجلد, 2021م.
18. حمزة احمد ابو صليح, حضانة الام المتزوجة من اجنبي عن المحضون بين الفقه والقانون, مجلة قضايا معرفية, عدد2, مجلد 2, 2022 م.
19. د. حمود احمد محمد عبده الفقيه, الصيغة في عقد الزواج في ضوء الفقه والقانون اليمني, مجلة جامعة الملكة اروى العلمية المحكمة, بلا مجلد, عدد 22, 2019 م.
20. حنان عيسى جاسم, الزواج واثره على حياة العرب قبل الاسلام, جامعة تكريت, عدد13, مجلد 4, 2008م.
21. د. حيدر حسين الشمري ود.صفاء متعب فجه وم.م وليد طارق عزيز, مبدا الاحالة الى الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالتشريعات العربية, بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية, جامعة القادسية, كلية القانون, عدد2, مجلد11, 2020م.
22. د. حيدر حسين الشمري وم. فراس جبار كريم الروانق, دور العرف في مسائل الاحوال الشخصية, بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون, جامعة اهل البيت (عليهم السلام), بلا سنة نشر
23. د. حيدر حسين كاظم الشمري وحسن ضعيف حمود المعموري, العيوب المرافقة للنكاح (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي), مجلة كلية التربية للعلوم التربوية والانسانية, جامعة بابل, عدد 38, بلا مجلد, 2018 م.
24. د. حيدر حسين كاظم الشمري, قانون الاحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبدل, مركز الدراسات الالوفة, عدد7, بلا مجلد, 2008 م.

25. د. خالد بن عيد بن عواض العتيبي, دور مقاصد الشريعة الإسلامية في بناء الأسرة المسلمة, مجلة الجامعة العراقية, العدد 53, ج1, بلا مجلد, بلا سنة نشر.
26. د. خالد تواتي, لا انكار في مسائل الخلاف واثرها في الشريعة الإسلامية, مجلة الشهاب, عدد4, مجلد 6, 2020م.
27. خلود بدر الزمانان, شروط عقد النكاح في الفقه الاسلامي واختيارات قانون الاحوال الشخصية الكويتي, بحث منشور, عدد32, ج4, بلا سنة نشر.
28. د. رمضان معتوق رمضان المريمي, المقاصد الشرعية للزواج في الاسلام, المجلة الليبية للدراسات الاكاديمية المعاصرة, عدد1, مجلد 3, 2025م.
29. د. رنا صميم صديق, مقاصد الشريعة ودورها في بناء الأسرة, مجلة الجامعة العراقية, عدد49, بلا مجلد, ج3, بلا سنة نشر.
30. د. زكريا محمد فالح القضاة, تطور الاجتهادات في سن اهلية الزواج دراسة فقهية قانونية, جامعة اليرموك, الاردن, بلا سنة نشر.
31. سروت احمد عثمان وم.د. خالد جلال محي الدين, حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية وقانون الاحوال الشخصية العراقي لسنة 1959 المعدل, مجلة الجامعة العراقية, عدد5, مجلد 73, 2025 م.
32. سعدة رومبا واحمد محمد بيشي, ماهية النفقة الاسرية وشروط استحقاقها في الفقه الاسلامي, مجلة المعهد الجامعي, عدد48, بلا مجلد, 2024 م.
33. سنار سوار سوار, دور الشريعة الإسلامية في تنظيم الأسرة والعلاقات الاسرية, مجلة علمية دورية صادرة عن الجامعة اللبنانية الفرنسية, عدد3, مجلد 9, اربيل, 2024 م.
34. شامي ختار, خطر الزواج المختلط السوري واليات مكافحته, المؤتمر الدولي العلمي, اصدارات الرمز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية, المانيا, 2023 م.
35. شورو نورية, الدفع بالنظام العام وتطبيقاته في مجال الزواج المختلط, مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية, عدد2, مجلد 3, 2018 م.
36. شذى مظفر حسين, الاساس الفقهي للمطالبة بالمهر دراسة مقارنة بقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل, مجلة الكوفة, عدد33, بلا مجلد, بلا سنة نشر.
37. شذى مظفر حسين, حضانة الطفل في قانون الاحوال الشخصية العراقي والفقه الاسلامي (دراسة مقارنة), مجلة أوروک, عدد2, مجلد 9, 2016 م.

38. شلال ناجي عبيد, سلطة القاضي التقديرية في قانون الاثبات العراقي دراسة مقارنة, مجلة الجامعة العراقية, عدد2, مجلد 72, 2025 م.
39. د. صفاء السيد لولو الفار, احكام الطلاق بالوسائل الحديثة دراسة فقهية مقارنة, مجلة الحولية للدراسات الإسلامية والعربية للبنات, عدد 35, مجلد6, بلا سنة نشر.
40. د. عادل ابراهيم طه احمد المحمدي, حقوق الطفل في اليهودية والاسلام داخليا ودوليا, المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية, عدد 19, بلا مجلد, 2025م.
41. عادل عجيل عاشور, احكام الميراث وفقا لقانون الاحوال الشخصية العراقي والشرعية الإسلامية, مجلة اوروك, عدد4, مجلد 9, 2016 م.
42. د. عادل موسى عوض, حقوق المحضون في الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة, مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الاكاديمية, عدد62, بلا مجلد, بلا سنة نشر
43. د. عبد الله بن يوسف الديع, اسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه, بحث منشور, بلا سنة نشر.
44. د. عز الدين محمد الغرياني, الحضانة بين الشريعة والقانون في البلاد العربية, منشورات, 1997م.
45. عشاري عبد العالي, الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية, مجلة البحوث والدراسات, عدد9, بلا مجلد, 2018 م.
46. د. عطا مهدي فليح, الحضانة في الفقه الاسلامي, مجلة كلية التربية الاساسية, عدد خاص وقائع مؤتمر العلمي التاسع عشر, 2019 م.
47. علي محمد عبد الله الزهراني, التمايز والتجانس الاجتماعي والثقافي بين الزوجين وعلاقته بالاستقرار الاسري, مجلة كلية الخدمة الاجتماعية للدراسات والبحوث الاجتماعية, جامعة الفيوم, عدد32, بلا مجلد, 2023 م.
48. غنيمة فنيف, مصلحة المحضون (احدى اشكاليات دعوى الحضانة), مجلة الحقوق والحريات, عدد1, مجلد 10, 2022 م.
49. فايز محمد حسين محمد, اثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية العربية, مجلة البحوث القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق, العدد 2, بلا مجلد, 2014م.
50. د. فرزدق روكان عبد العزوي, توحيد الامة الإسلامية والتقريب بين المذاهب, مجلة العلوم الإسلامية, وقائع المؤتمر العلمي الرابع لكلية الشريعة, بلا سنة نشر.

51. ليلان رشيد فائق, احكام الحضانة في الفقه والقانون, بحث مقدم لعضوة الادعاء العام, لمتطلبات نيل ترقية من الصنف الثاني الى الصنف الاول من الادعاء العام, 2022 م.
52. د. ليلي عبد الله سعيد, حقوق الطفل في محيط الاسرة (دراسة مقارنة), مجلة الحقوق, عدد3, بلا مجلد, السنة الثامنة, بلا سنة نشر.
53. محمد جاسم محمد, عقد الزواج في الفقه الجعفري وقانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل, مجلة جامعة ذي قار, عدد2, مجلد 2, 2006 م.
54. د. محمد زيدان زيدان, الكفاءة في عقد الزواج, مجلة الجامعة الإسلامية, عدد1, مجلد 17, 2009م.
55. د. محمد شافعي مفتاح بوشية, الخلاف الفقهي تعريفه وانواعه واسبابه, محاضرة مقدمة من خلال بوابة الاحداث العلمية, 2022م.
56. د. محمد عبد الله احمد ود. مهدي قادر احمد, الية الاختلاف الديني, مجلة كلية العلوم الإسلامية, عدد72, بلا مجلد, جامعة السليمانية, 2022م.
57. محمد عبد الواحد مهدي, الوكالة في عقد الزواج والطلاق بين الفقه والقانون, بحث منشور, جامعة ديالى, 2017م.
58. د. محمد علي حسين احمد الطائي, الاحكام الفقهية والقانونية للحقوق الزوجية وسلطات الزوجين واثرها في استقرار الزواج, مجلة البحوث والدراسات الإسلامية, عدد81, بلا مجلد, ج1, 2025 م .
59. محمد قاسم عبد الامير, نفقة الزوجة (دراسة قانونية مقارنة), بحث منشور, جامعة ديالى, 2016م.
60. مريم احمد علي الكندي, احكام الحضانة دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الكويتي, بحث منشور في علوم الشريعة والقانون, عدد4, مجلد 47, 2020 م.
61. معمر مختار وعبد الغفار, المهر في الاسلام, بحث منشور, عدد1, مجلد 3, 2017م.
62. . منادى مليكة بريكة, التحديد التشريعي لسن الزواج, مجلة القانون و المجتمع , عدد 10 ,بلا مجلد , 2017 م.
63. د. مها عبد الله الشرقي وم.د . عاتكة حبيب عبد الله, المهر في فكر اهل البيت (عليهم السلام), المجلة الامريكية الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية, عدد22, ج1, 2025م.

64. نامق محمد اسماعيل, دراسة مقارنة بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والمذاهب الفقهية في مسألة الولاية في النكاح, مجلة المستقبل للدراسات الانسانية, علمية محكمة, بلا عدد, بلا مجلد, بلا سنة نشر.

65. نوري حمه سعيد حيدر, اختيارات المشرع العراقي في ميراث المرأة دراسة تحليلية مقارنة, المجلة العلمية لجامعة جيهان, السليمانية, عدد 1, مجلد 6, 2022 م.

66. د. هادي حسين الكرعاوي, التفريق القضائي (دراسة مقارنة), مجلة الكوفة, عدد4, بلا مجلد, بلا سنة نشر.

67. د هاني سيد تمام سلام, اقل المهر عند الحنفية, مجلة الافتاء المصرية , عدد55, مجلد15, 2023 م.

68. هدى نجيب عباس الشامي وسجاد عبد الكاظم جبر الحسيني, حق الحضانة في ضوء قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والتشريعات المقترحة البديلة, مجلة الشرق الاوسط, عدد4, مجلد 2, 2022 م.

69. د. هوري سيد حسانين, احكام اختلاف الزوجين في المهر في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي, مجلة جامعة التحدي العلمية, عدد1, مجلد 3, 2009 م.

70. د. وليد بن علي بن محمد القليطي العمري, القواعد والضوابط الاصولية في الخلاف, مجلة الدراسات العربية, بلا عدد, بلا مجلد, جامعة المنيا, كلية الحقوق في المدينة المنورة, بلا سنة نشر.

71. وئام عبد علي حاتم الدباغ, النشوز من قبل الزوج كسبب من أسباب التفريق, مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية, عدد1, مجلد 7, 2023 م .

72. وئام عبد علي حاتم واسماعيل محمود محمد الجبوري, سلطة القاضي التقديرية في انتهاء الرابطة الزوجية بين الشريعة الإسلامية والقانون, المجلة الاكاديمية للبحث القانوني, عدد2, مجلد 12, 2021 م.

سادسا: القوانين والقرارات

1. القانون المدني الايراني 1928 وتعديلاته .
2. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
3. قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .
4. قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل

5. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980 .
 6. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل, رقم 1041 لسنة 1982 المعدل بقرار 1497 لسنة 1982.
 7. قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000.
 8. قانون الاحوال الشخصية القطري رقم 22 لسنة 2006.
 9. مجلة الاحوال الشخصية التونسية لسنة 2019.
 10. مدونة الاحكام الجعفرية رقم 1 لسنة 2025.
- سابعاً: المواثيق والاعلانات الدولية :**
1. الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة المؤرخ في 10/ كانون الاول / 1948.
 2. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.
- ثامناً: القرارات القضائية :**
- **القرارات القضائية غير المنشورة.**
1. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقي /رقم 2814 / هيئة الاحوال الشخصية / 2022 .
 2. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 15862 الصادر بتاريخ 20/11/2023.
 3. قرار محكمة التمييز / حجة اشهار / الصادر بتاريخ 4/2/2025.
 4. القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1 /تظلم / 2025 بتاريخ 10/4/2025.
 5. القرار الصادر من محكمة الاحوال الشخصية بالعدد 7559 /هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2025 بتاريخ 22/5/2025.
 6. قرار محكمة التمييز الاتحادية, العدد 12265 / 2025, بتاريخ 3/9/2025.
 7. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية, العدد 12626 / 2025, بتاريخ 14/9/2025.
 8. قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد 14458 بتاريخ 19/10/2025.
 9. القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 14839 / 2025 بتاريخ 26/10/2025.
 10. قرار محكمة التمييز الاتحادية, الصادر بالعدد 14719 /شخصية / 2025, بتاريخ 22/10/2025.
 11. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 18156 /هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2025 بتاريخ 28/12/2025 .

12. القرار الصادر من محكمة استئناف بغداد/ احوال شخصية / بتاريخ 2025 /12/11.
13. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 17201 / 2025 بتاريخ 2025/12/14.
14. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 6915 /ش/ 2025 بتاريخ 2025/12/16.
15. قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 2026/6976، بتاريخ 2026/4/13.
16. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 2618/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2026 بتاريخ 2026/2/11.
17. القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية /هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2026 بتاريخ 2026 /2/12 .
18. القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية /هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2026 بتاريخ 2026 /2/25 .
19. قرار محكمة التمييز الاتحادية، عدد 868 / هيئة الاحوال الشخصية / 2026 الصادر بتاريخ 2026/1/19.
20. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 132 / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2026 بتاريخ 2026 /1/12 .
- القرارات القضائية المنشورة.
1. قرار محكمة التمييز رقم 236/ شخصية / 63 الصادر بتاريخ 1963 /10/6.
2. قرار محكمة التمييز رقم 389 / شرعية / 72 الصادر بتاريخ 1973/4/23.
3. قرار الصادر من محكمة استئناف بغداد، بالعدد 2007/44، بتاريخ 2007 /1/25.
4. القرار التمييزي المرقم ٣٧٣٩ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية الأولى ٢٠١٠ ، الصادر بتاريخ 2010 /24/10.
5. قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد 7812 / هيئة الاحوال الشخصية / 2013 في 2013/12/30.
6. قرار محكمة العليا المصرية الصادر بتاريخ 2016 /4/9.
7. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 7861 هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية 2017، بتاريخ 2017 /12/4.
8. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 6507 / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2017.

9. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 2015 هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2018، بتاريخ 2018 / 5/8.
10. القرار التمييزي المرقم 4798 / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2022
11. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد 4798 بتاريخ 2022/3/22.
12. القرار التمييزي المرقم ١٧٨٢٤ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية الأولى / ٢٠٢٣ الصادر بتاريخ 2023/2/28.
13. قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد 7707 في 2023/5/23.
14. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية الصادر بالعدد 7017/ش/ 2023 بتاريخ 2023/12/27.
15. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، 7183/ش/ 2024، في 2024/10/10.
16. قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 2025/11315، بتاريخ 2025/8/12.
17. قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 2025/16927، في 2025/12/8.
18. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بلا عدد/ 2025، في 2025/12/31.
19. قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 17 / الهيئة العامة / 2025.
20. قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 17/ الهيئة العامة / 2025، بتاريخ 2025 / 10/27.
21. قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16404 / احوال شخصية / 2025، بتاريخ 2025/11/26.
22. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16641 / احوال شخصية / 2025، بتاريخ 2025/12/3.
23. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16908 / 2025، بتاريخ 2025 / 12/8.
24. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، العدد 16015 / 2025، بتاريخ 2025 / 11/23.
25. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2025 بتاريخ 2025 / 10/5.
26. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2025 بتاريخ 2025 / 12/3.
27. قرار محكمة الأحوال الشخصية في الديوانية، العدد 5381/ش/ 2025، بتاريخ 2025 / 9/3.

28. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية / الصادر بالعدد 14395 بتاريخ 2025/10/7.
29. قرار محكمة التمييز الاتحادية / هيئة الاحوال الشخصية / الصادر بالعدد 17444 بتاريخ 2025 /12/17.
30. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، الصادر بتاريخ 2026/5/17م.
31. قرار محكمة التمييز الاتحادية، الصادر بالعدد 2026/2022، بتاريخ 2026/2/9.
32. قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد 2026/5656 بتاريخ 2026 /3/29.
33. قرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد 7567/2026، بتاريخ 2026/4/19م.

تاسعا: الوثائق

1. المجلس العلمي الصادر عن المرجع الديني السيد علي الحسيني السيستاني بتاريخ 2025/11/13.
 2. محضر المجلس العلمي رقم 177 لسنة 2026 الصادر بتاريخ 2026/3/10.
- عاشرا : المواقع الالكترونية :
1. د. عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة في احكام الاسرة على الرابط : [/https://islamonline.net/archive](https://islamonline.net/archive) .
 2. استفتاء منشور على موقع مكتب سماحة المرجع الديني علي الحسيني السيستاني، السؤال رقم (24) على الموقع الالكتروني: <https://www.sistani.org/arabic/qa/0685/>
 3. الموسوعة الحديثية، شروحات منشورة على الموقع الاتي: <https://dorar.net/hadith/sharh/127961>
 4. استفتاءات السيد السيستاني المنشورة عبر الموقع الاتي: <https://www.sistani.org/arabic/book/13/695/>
 5. اختلاف المذهب هل يمنع التزواج، المتاح عبر الرابط: <https://www.saffar.org/?act=artc&id=946>

6. مشروعية الطلاق متاح عبر الرابط الآتي:

<https://almerja.com/more.php?idm=249424>

Abstract

Doctrinal differences are among the issues that raise jurisprudential and legal problems in the field of personal status, especially in the marriage contract and its consequences, due to its direct connection to family organization and the resulting rights and obligations between spouses. The multiplicity and divergence of jurisprudential opinions in regulating the provisions related to the marriage contract and its effects have led to variations in legislative positions, which has affected the regulation of personal status in Iraq, particularly after the issuance of the Code of Sharia Rulings (Ja'fari) No. (1) of 2025, alongside the Personal Status Law No. (188) of 1959 as amended. This has raised a number of legal problems related to determining the provisions to be applied when the spouses differ in their religious sect, and the extent of its impact on family stability and the uniformity of judicial application. This thesis discusses the provisions governing the marriage contract, including its concept, pillars, and conditions, as well as the legal and religious foundations upon which doctrinal differences are based, and their impact on regulating the marital relationship. It also addresses the effect of these differences on financial rights, particularly dowry, alimony, and the wife's inheritance, in addition to non-financial rights related to custody, divorce, and judicial separation. The thesis clarifies the trends in Islamic jurisprudence and the position of Iraqi legislation and the judiciary on these issues, analyzing the points of agreement and disagreement between jurisprudential rulings and legal texts in light of legislative developments in Iraq.

Given the practical implications of doctrinal differences in the application of personal status laws, this thesis examines these matters from an analytical legal perspective to reveal their impact on the legal standing of spouses and their effect on achieving family stability. It focuses on the shortcomings or discrepancies that legal texts may raise during application, ultimately aiming to propose legal solutions that contribute to achieving legal certainty, strengthening the uniformity of judicial application, and ensuring a balance between respecting doctrinal particularities and protecting the rights arising from the marital relationship and family stability.

**Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific Research
University of Al-Qadisiyah
College of Law
Department of Private Law**



The Impact of Doctrinal Differences on the Marriage Contract

A Thesis Submitted By

Zahraa Redha Karim Burhan Al-Zubaidi

**To The College Of Law, Al-Qadisiyah University, As Partial
Fulfillment Of The Requirements For The Master Of Laws
Degree In Private Law**

Supervised By

Dr. Huda Saadoun Lafteh

Assistant Professor Of Civil Law

1448 A.H

2026 A.D